محمد علي التوحيدي



من تقرير بحث الاستاذ الأكبر آية . . . العظمى

السيد ابو القاسم الخوئي



بسم الله الرحمن الرحيم

قوله : (مسئلة : لو باع ما يقبل التّملك وما لا يقبله كالخمر والخنزير صفقة بثمن واحد) ٠

أقول : لو باع ما يملك وما لا يملك قسطّ الثمن اليهما فيصّح فيما يملك ولا يصحّ فيما لا يملك على المشهور لوجود المقتضى ، وعدم المانع اما وجود المقتضى فلأنّه وان كان بيعا واحدا ولكنّه منحلّ الى بيوع متعددة فيبطل بالنسبة الى ما لا يملك فيصّح فيما يملك للعمومات المقتضية لذلك من اوفوا بالعقود ، وتجارة عن تراض ، و احّل اللّه البيع ، ويدل على الصحة مضافا الى ما ذكرناه من كون الصحة هو مقتضى القاعدة خبر الصفّار المتقدم فانه وان ورد فى ما يملك وما لا يملك من القرية وليس متعرّضا الى بيع ما يقبل التّملك وما لا يقبل التملك ولكن جواب الامام (ع) عن السائل بقوله (لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب اشتراء من البايع على ما يملك) يشمل ما نحن فيه ايضا ، فان الظاهر منها ان اجتماع ما يصّح بيعه مع ما لا يصّح بيعه لا يوجب البطلان وانّما ينحل البيع الى بيوع عديدة فيبطل فى بعضه ويصح فى بعضه الاخر ، فلا يسرى بطلان احدهما الى الاخر فكأنّ هنا بيعان أحدهما صحيح والاخر باطل ، فهل يتوهم أحد اضرار احدهما بالاخر نعم انما تخلّف عن الصحيح اشتراط الانضمام فقط فهو لا يوجب الاّ الخيار فقط ٠

واما المانع فذكر بوجوه فكلّها غير قابلة للمانعية االأول : أن البيع الواحد والمعاملة الواحدة غير قابلة للّتبعيض فلابد اما من القول بالصحة مطلقا فهو غير ممكن أو القول بالبطلان كذلك فهو المطلوب٠

وفيه ان بيع ما يقبل التملك مع لا يقبله كبيع ما يملك مع ما لا يملك وان كان واحدا بحسب الصورة الاّ انه متحلّ الى بيعين قد أبرزا بمبرز واحـــد

فهما متحدان في المبرز والمظهر فقط، والاّ فواقع ذلك هوالتعدد فابرازهما مبرز واحد لا يوجب انقلابهما الى الواحدة .

نعم، لا ينكر اشتراط كل منهما بانضمامه الى الاخر في ضمن العقد ، فيكون التخلف موجبا للخيار دون البطلان كما سيأتي في باب تخلف الشرط وقدعرفت نظيره في بيع مايملك وما لا يملك اعني اجتماع الفضولي مع غيره .

الثاني :انّ العقد انما وقع بالمجموع من حيث المجموع فالاجزاء ليست بمقصودة فيبطل البيع في الاجزاء لعدم القصد فيها .

وفيه انه ظهر جوابه مما تقدم اذ بعد انحلاله الى بيوع متعددة و شمول العمومات لكل منها فيكون كل منها مقصودا أيضا غاية الامر أنه مقصود بشرط الانضمام الى الآخر فيثبت للمشتري خيار تخلّف الشرط الضمني فقط كما لا يخفى .

الثالث: أنّ من شرائط البيع ان لا يكون الثمن اوالمثمن مجهولا والاّ فيبطل ففي المقام لا يعلم أن ماوقع في مقابل مايقبل التملك أي مقدار من الثمن فيفسد لذلك .

وفيه أن الجهالة من حيث هي لا تمنع عن صحة البيع لعدم الدليل عليه ،وانما تكون مانعة فيما تستلزم الغرر الذي نهي عنه في البيع ، و في المقام ليس البيع غرريا لاقدام المشتري على ذلك ،فينتفي عنه الغرر ، بل ربما يقال بان الجهالة وان كان موجودة حال العقد ايضا مع العلم بعدم امضاء الشارع ذلك العقد، ولكنها لا تكون مانعة بعد ماكانت بالتقسيط اذ المدار في الصحة ان لا يكون البيع غرريا بجهالة الثمن والمثمن حين التسليم والتسلم وعلى تسليم كونها مانعة عن صحة البيع بنفسها ،فانما تمنع حين انعقاد البيع وتحققه وان من شرائط ان لا يكون الثمن اوالمثمن فيه مجهولا وامّا الجهالة الناشئة من عدم امضاء الشارع فلاتكون مانعة عن صحة البيع

اذ لا دليل على مانعيتها الاّ النبوى المعروف، نهى النبي عن بيع الغرر أو الغرر كما فى مرسلة العلامة، فقد عرفت مافيه من عدم الغررهنا ٠

وامّا الاجماع فهو دليل لبّي فالمتيقن منه هى الجهالة عند البيع لا الجهالة الناشئه من عدم امضاء الشارع كما هو واضح، ففي مانحن فيه ان الخمر والخنزير من الاموال العرفية والمعاملة عليهما صحيحة فى نظر العرف ولكن حيث الغى الشارع ماليتهما ولم يمض بيعهما فنشأ الجهالة منذ لك فلا تكون موردا للاجماع ومن هنا يعلم ان بطلان البيع فى الخمر والخنزير يوجب جهالة ثمن الشاة والخل واضح المنع٠

وبالجملة فشيء من الوجوه المذكورة لا تصلح للمانعيّة عن صحة البيع فى الجزء الذى يقبل التملك٠

نعم فى المقام شيء آخر وهو انه بناء على فساد البيع بفساد الشرط او اشتراط الشرط الفاسد فيه، فالبيع يكون باطلا فى مايقبل التملك ايضا بيان ذلك ان جمع الشيئين فى بيع واحد وان كان بحسب الصورة واحدا و لكن بحسب الانحلال انهما بيعان كما عرفت ولكن كل منهما مشروط بانضمامه بالاخر، فبظهور بعض اجزاء المبيع خمرا اوخنزيرا ينعدم ذلك الشرط و يتخلّف لكونه فاسدا فكأنّ فى الحقيقة ان بيع الخل اوالشاة مشروط بانتقال الخمر أوالخنزير الى المشترى نظير اشتراط شرب الخمر ونحوه من المحرمات فيكون البيع باطلا للشرط الفاسد كما هو واضح ٠

ولكن سيأتى فى باب الشرط ان فساد الشرط اواشتراط الشرط الفاسد فى البيع لا يوجب بطلانه بوجه، بل يوجب ثبوت الخيار للمشروط له على المشروط عليه ٠

وقد خالف شيخنا الاستاذ فى ذلك وقال بعدم جواز قياس فساد الجزء

بفساد الشرط وقال ولو قلنا بأن فساد الشرط يوجب فساد العقد المشروط به الاّ أنه لا يمكن قياس فساد الجزء عليه لأن الشرط لا يقع بازاء شيء من الثمن ، بل يوجب زيادة قيمة المشروط فاذا قيد به وكان فساده موجبا لعدم امكان تحققه فالعقد المقيد لم يتحقق وأما الجزء الفاسد فحيث أن الثمن يوزّع عليه وعلى الجزء الآخر ففساده لا يقتضى الاّ ردّ الثمن الذى وقع بازائه أى يفسد العقد بالنسبة اليه دون الجزء الآخر الصحيح الغير المقيد بما لا يمكن تحصيله اوتحققه ·

ولكنه من عجائب الكلام كيف فبعد ما انحل ذلك الى بيوع متعددة فلا يوجب الاجتماع الاّ فى اشتراط كلّ منهما بالآخر فيكون من صغريات الشرط الفاسد ولكن الذى يهوّن الخطب ان الشرط الفاسد لا يوجب فساد المشروط كما سيأتى فى محلّه ·

قوله : (نعم ربما يقيّد الحكم بصورة جهل المشترى) ·

اقول : الذى يظهر من الشهيد هو أن فى صورة العلم يكون بعض اجزاء المبيع ممّا لا يقبل التملّك ان الثمن يقع فى مقابل المملوك فيكون مجموعه للبايع فليس للمشترى أن يرجع اليه بالنسبة الى ما وقع فى مقابل الخمر أو الخنزير ·

وفيه انك عرفت ان مجموع الثمن انّما وقع بازاء مجموع المثمن فابرزبمبرز واحد ولكن بحسب الانحلال ينحلّ الى بيعين فيكون ذلك نظير بيع الشاة والخنزير مستقلّه اذن فلاوجه لبطلان البيع فى صورة الجهل و صحته فى صورة العلم لوقوع الثمن كلّه بازاء المملوك بل يقسّط الثمن اليهما ·

نعم بناء على ما تقدم فى بيع الغاصب من ان المشترى مع علمه بالغصب يسلّط البايع الغاصب على ماله مجانا فليس له الرجوع اليه فى صورة التلف، بل قيل بعدم الرجوع حتى فى صورة عدم التلّف فله وجه ولكن عرفت

بطلانه وعدم صحة ذلك المبنى ايضا وان المشترى يرجع الى الغاصب مطلقا مع انك عرفت ان مقدار من الثمن انما وقع بازاء ما لا يقبل التملك لماقلنامن صحة التقسيط٠

نعم، بناء على ماذكر فى بيع الغاصب فيكون المقام نظيره لو باع الخنزير فقط مع العلم به اذ ليس هذا الاّ تسليط الغير على ماله مجانا و اما كيفية التقسيط فقدعرفت طريقه من ان كلا من المملوك وغير المملوك يقوم منضّما الى الاخر فيسترد من الثمن بنسبة قيمة غير المملوك الى المجموع من اصل الثمن فيرجع فى تقويم الخمر والخنزير هنا الى المستحّل فهذا اواضح ، وانما الكلام فى انه لوكان المبيع هى الشاة مع الخنزير او الخلّ مع الخمر فالامر كما ذكر ولكن لوباع الشاة والخنزير ببيع واحد اوالخلّ والخمر كك باعتقاد الخلية والشاتية فهل يقوّم الخنزير بتلك الهيئة شاة و الخمر خلا او يقوّمان بصورتهما النوعية ،فقال شيخنا الانصارى بالاول و هو كك لانه انما باع الخل والشاة فظهورهما على خلاف ماقصده البايع وباع على ذلك القصد لا يكون مناطا فى التقسيط٠

وقداشكل عليه شيخنا الاستاذ بانّ العناوين من قبيل الدواعى فلا يوجب تخلفّها تبدل الموضوع بل يتقدم الاشارة الواقعة الى الخارج على العنوان ،فلابد وان يقدم الخنزير بعنوان الخنزيرية وهكذا الخمربمانها خمر لا بعنوان الشاتية والخليّة ٠

وهذا من عجائب الكلام ،فانه بعد ماكان المبيع هى الشاة أو الخل ولو كان الواقع على خلافه فلاوجه لتقويمهما على خلاف المقصود ، بل يقوم كل من الخنزير والخمر بعنوان الشاتية والخليّة بما انهما شاة وخل كذلك٠

بل ربما يوجب ذلك تضرر المشترى كمااذا كان قيمة الخنزير اقل من

قيمة الشاة وربما يوجب تضرر البايع كما اذا كان اكثر، بل ربّما يوجب الجمع بين الثمن والمثمن كما اذا كان قيمة الخنزير عند مستحله ضعفي قيمة الشاة فكل ذلك مما لا يمكن الالتزام به.

وبالجملة لوباع مايقبل التملك ومالا يقبل، فالوجه هنا هو الصحة بالنسبة الى مايقبل التملك والفساد فى غيره فيقسط الثمن اليهما.

نعم، لوكان ما لا يقبل التملّك خارجا عن حدود المالية العرفية و لم يصدق عليه المال فى نظر العرف ايضا كما لا يصدق عليه ذلك فى نظر الشرع كبيع الشاة مع الخنفساء او مع سائر الحشرات الارضيّة توجّه القول بالبطلان لغرر المذكور فيكون الثمن الواقع فى مقابل المملوك مجهولا من الاول لعدم التقسيط حتى يعلم ذلك به، و لا يكون غرريا اذ ليس بيع الخنفساء بيعا من الاول فانه حتى بناء على النظر العرفى مبادلة مال بمال بناء على اعتبار المالية فالخنفساء ونحوها ليس من الاموال حتى يتحقق عنوان المبادلة اذن فالوجه هو التفصيل فى المسئلة، فالقول بالصحة فى ما يقبل التملك و البطلان فيما لا يقبله بالتقسيط لو كان مالا يقبله ايضا من الاموال فى نظر العرف ويكون التبادل عليه من مصاديق مبادلة مال بمال كالخمر والخنزير اذ هما من الاموال العرفية واما لو لم يكن ذلك من الاموال العرفية، فالوجه هو البطلان للجهالة والغرر اذ لا يعلم من الاول ان ما وقع فى مقابل المملوك ايّ مقدار من الثمن فتكون المعاملة غرريا، و قد نهى النبى صلى الله عليه وآله و سلم عنه.

قوله (ره): يجوز للاب والجدان يتصرّفا فى مال الطفل بالبيع و الشراء.

أقول: قدعرفت ان من جملة شرائط المتعاقدين ان يكون مالكين

للعوضين أو من ينوب منابه و قد عرفت حكم بيع غير المالك فضولة وتحقيق الحق فيه ،و ان بيع المالك ماله عن نفسه مما لا اشكال فيه ،و اما الوكيل فكك لاستناد فعله اليه وكك المأذون .

وبعبارة اخرى ان البيع اما تقع من المالك او من غيره ،اما الاول فلا شبهة فى صحته ،واما الثانى فتارة يكون ذلك برضاء المالك او لا ، فعلى الاول فذلك الغير اما يكون وكيلا فيه من المالك ، او مأذونا فيه من قبله او لا ،اما الأولان فلا اشكال ايضا فى صحة البيع لاستناده الى المالك خصوصا اذا صدر من الوكيل لكونه نائبا عنه ونازلا منزلته فى فعله فاذا صحّ فى المأذون ففى الوكيل يصحّ بالاولوية ،اما غير الوكيل والمأذون فان لحق به الاذن من المالك بالاجازة ورضى بفعله فهو الذى تقدم الكلام فيه مفصلا فى البيع الفضولى ،وقلنا بالصحة ،والاّ فيحكم بالبطلان ،و اما لا يكون فيه رضا المالك او رضى ولكن لم يكن لرضائه تأثير فى نظر الشارع فهو مورد الولاية فهى على انحاء منها ولاية الأب والجد وثبوتها لهما فى الجملة على الصغير من ضرورى الفقه ومورد الاجماع والسيرة المستهرة القطعية كما يطلع عليه من تتبع الابواب المتفرقة فى الفقه كتاب النكاح لصراحة الاخبار فيه فى ثبوت ولايتهما على تزوج اولادهما الصغير وكتاب المضاربة فان فيه ماورد على ولايتهما فى جعل المضاربة فى مال الولد وفى باب الحجر قد ورد ما دلّ على حجر الطفل الصغير عن ماله دون الولىّ الى غير ذلك من ابواب الفقه ويؤيد ذلك ماورد فى باب الزكاة مما دلّ على ثبوتها فى مال اليتيم اذ التجربة الولى وربح اذ لولم يكن له ولاية على ذلك لماجاز له التصرف فى ماله بالتجارة بل هذا مما قامت به السيرة العقلائية اذ ليس ذلك مخصوصا بالشريعة الاسلامية بل جارية فى غيره من الشرايع ايضا واستدل المصنف

على ذلك بفحوى سلطنتهما على بضع البنت فى باب النكاح و الظاهر انه لا باس بهذه الاولوية وان ناقشنا فيها فى البيع الفضولى وقلنا ان اهتمام الشارع المقدس بعدم وقوع الزناء والصفاح يقتضى عكس ذلك الاولوية ٠

والوجه فى جهة الفرق بين المقامين هو ان الكلام فى السابق من حيث نفس الفعل الخارجى الموجود فيه وقيل هنا ان اهمية الفروج تقتضى بطلان الفضولى فى النكاح وان كان صحيحا فى البيع وسائر العقود لاحتمال ان لا يقع واقعا فيكون زنا ،فالاحتياط يقتضى عدمه لعلا يقع الزنا وقلنا ان الاحتياط كان يقتضى عكس المطلب وان كان فيه خلاف الاحتياط ايضا فى نفسه ،ولكن محذوره اقل من الاول فانه يحتمل مع الحكم بالبطلان ان يقع النكاح واقعا فيكون الزنا بذات البعل بخلاف العكس فانه مع عدم الوقوع فلايكون زنا الاّ بغير ذات البعل ،وبالجملة وجهة الكلام هناك كان مختصا فى بيان عنوان الفعل الواقع وجهته ،وهذا بخلاف المقام ،فان الكلام هنا ليس فى بيان وجهة الفعل الواقع، بل فى كون الغير الاجنبى سببا فى تحقق الفعل وايجاده من الاول ففى مثل ذلك اذا صحّ ولاية الاب والجد على الاولاد الصغار فى النكاح وكونهم سببا فى ايجاد التزويج بينهم مع كونه من اهم الامور فلاشبهة فى جواز ولا يتهم ونفوذ امرهم فى سائر العقود ايضا بالاولى ٠

ثم انه يقع الكلام فى جهات: الاولى : هل يعتبر العدالة فى الولى الاب والجد ،فلو كانا فاسقين لا ينفذ تصرّفهما فى حق الصغار كما ذهب اليه صاحب الوسيلة والايضاح او لا تعتبر كما ذهب اليه المشهور، بل يظهر من التذكرة الاجماع على ذلك ٠

واستدل عليه المصنف بالاصل والاطلاقات، فان ظاهر عطف الثانى

على الاول ، هو ذلك لا ان المراد من الاصل هی الاطلاقات كما لا يخفى و لكن لا نعرف معنى لذلك الاصل اذ ليس المراد منه هى اصالة البرائة قطعا لانه ليس هنا تكليف حتى ينفى بذلك ، بل لوكان فالمراد به هو الاستصحاب فان كان المراد به هو الاستصحاب النعتى بان يقال ان الولاية كانت فى زمان و لم تكن مشروطة بالعدالة فكك الحال الاستصحاب فلا شبهة انه لم يكن لذلك حالة سابقه اذ ليس زمان تكون الولاية ثابتة ولم تكن مشروطة بالعدالة حتى نستصحبها فان كان المراد منه هو أصل عدم الازلى المحمولى لسلم من اشكال عدم وجود الحالة السابقة الاّ ان المصنف لا يقول به ليمكن تطبيق كلامه به ، بل لا يمكن الالتزام بجريانه هنا ايضا اذ لا شبهة ان الولاية بالنسبة الى عدم التقيد بالعدالة او التقيد بها ضرورىّ لاستحالة الاهمال فى الواقعيات فهما متضادان فجريان الاستصحاب فى نفى التقيد المسمّى بالعدم المحمولى ليس اولى من جريانه فى الطرف الاخر بعد فرض تضّاديتهما وبالجملة فاصالة عدم النعتى غير جارية لعدم الحاله السابقة فعدم المحمولى وان كان ليس عنه مانع بحسب نفسه على المذهب المختار ولكنه لا يجرى للمعارضة ·

اذن فلايمكن الالتزام بثبوت الولاية المطلقة الغير المقيدة بالعدالة بواسطة الاصل ، بل مقتضى الاصل هو عدم ذلك اى عدم نفوذ تصرفاته فانه ثبت بالادلة القاطعة حرمة التصّرف فى مال الغير ، الاّ باذنه فالخارج منه يقينا صورة كون الغير وليا عادلا فيبقى الباقى تحت الاصل ·

نعم ، ماذكره من الاطلاقات فى محلّه اذ هى غير مقيدة بعدالة الولى بل الولاية الثابتة بها للأب والجد مطلقة وليس فى المقام ما يصلح تقيده الا ماذكره صاحب الوسيلة والايضاح حيث استدلا على عدم ثبوتها للأب و

الجد الفاسقين بالاية واستظهرالمصنف ان المراد منها قوله تعالى : ((ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار)) وضعّفه ٠

ووجه الضعف هو ان المراد من الركون فيها ليس الركون في الامور الدنيوية ، بل المراد به فيها هوالركون في الامور الدينية ويدّل على ذلك من الآية ذيلها من قوله تعالى : ((فتمسكم النار)) حيث ان ذلك نتيجة الركون الى الظالم في الامور الدينية لا في الامور الدنيوية والآفلازمه عدم جواز توكيل الفاسق في الاموال الشخصية للبالغين الراشدين و كونه من المحرّمات الشخصية فهو بديهيّ البطلان ولا انه يجوزتأمين الفاسق وجعل الوديعة عنده ٠

ويحتمل بعيدا أن تكون المراد من الاية قوله تعالى: ((ان جائكم فاسق بنبأ فتبيّنوا)) كما يظهر ذلك من قوله واخباراته عن غيره ٠

وفيه انه يظهر الجواب عنه من الاية السابقة وان المراد منذلك ليس مايرجع الى الجهات الشخصية ، بل مايرجع الى الجهات النوعية الدينية كما يدل على ذلك ايضا ذيل الاية من قوله تعالى : ((لئلا تصيبواقوما بجهالة فتصبحوا على مافعلتم نادمين)) وان لازمه عدم قبول اخبارات الشخص في حق نفسه من الاقرار ونحوه كما تقدم من عدم جواز ان يجعل الفاسق امينا من امواله مع انه لم يدل دليل على حرمته ٠

ومن هنا يظهر انه لاوجه لتوهم استحالة اخذ قول الفاسق و جعله امينا في اموره ،وانما يحرم ارجاع الامور الدينية اليه اذن فلاوجه لرفع اليد عن تلك المطلقات الكثيرة بمثل هٰذا الامور الظنية وتوهم الايضاح ان ذلك خلاف حكمة الصانع، بل يجوز الارجاع الى الفاسق بديهي الفساد كماعرفت فانّ ذلك له وجه في الامور الدينية لا الامور الدنيوية على انه و لو كان

الأب والجد فاسقين الا ان رافتهما على الاولاد اكثر بمراتب من رأفة جميع العدول عليه اذ فى الاب والجد من الشفقة الذاتية والرأفة الطبيعية بالنسبة الى اولادهم ما لا ينكر ولو كان فاسقا .

نعم ، لوكان الأب والجد من الفاسقين الظالمين على الطفل بحيث يقامرون باموال الصغار ويشترون به الخمر ويشربون و غيرذلك من الاتلافات البيّنة لخرج بذلك عن جواز التصرّف فيها ونصب الحاكم الشرعى وليّا آخر أو ناظرا لهم حفظا لهم لئلا يكون ظلما عليه ، ولكن هذا أمر آخر غير ما نحن فيه .

على ان الظاهر من الاية ان الفاسق لا يقبل قوله من دون التبّين و التفحصّ وهذا لا ينافى قبول قوله من جهة الولاية ما لم يعلم صدور الخيانة منه ، فالولى وان كان فاسقا يقبل قوله فى حق الصغار لولايته .

وأما الجهة الثانية وهى اعتبار المصلحة فى تصرّفات الولىّ فهل يعتبر ذلك كما ذهب اليه ابن ادريس وشيخ وبعض آخر اولهما الولاية مع اعتبار عدم المفسدة فى التصّرف وان لم يكن فيه صلاح اصلا كتبديل ماله بمال آخر بلا صلاح ، او لا يعتبر شىء من ذلك ، بل لهما الولاية عليه على وجه الاطلاق كما ذهب اليه المصنف فى اول كلامه اويفصّل بين الاب والجد بالالتزام بنفوذ امر الجد مطلقا دون الأب كما يظهر من آخر كلام المصنف وجوه .

واستدل المصنف على عدم الاعتبار وثبوت الولاية على الاطلاق بالاخبار الواردة فى اثبات الولاية على الطفل للاب والجد فانها مطلقة و غير مقيدة بشىء مما ذكر .

وفيه اولّا ان اطلاقاتها غير تمام فان عمدتها ما دّل على ان الابن ماله للأب وقد ذكر ذلك فى جملة من الروايات وعلّل نفوذ امر الاب على الولد بذلك فى بعضها ولكن لا دلالة فيها بوجه على المدعى فانّ من البديهى

ان المراد بها ليس ماهو الظاهر منها من كون الابن وما بيده من متملكات ابيه ، وبكون الفرض من اللام هو الملك ليكون الابن كعبد الأب و البنت كالجارية ، بحيث يجوز له بيعها ولو حجر يكون حقّ الغرما متعلقا بمال الولد ايضا ، وهذا المعنى مقطوع البطلان كيف مضافا الى ماذكرنا انه ورد في بعض الروايات ان الاب لو احتاجت الى جارية الابن يقوم على نفسه بقيمة عادلة ثم تصرّف فيها بما يشاء وانه يجوز له الاستقراض من مال الولد فلوكان الابن وماله من الاموال ملكا للأب والجد لما كان تقويم الجارية على نفسه بقيمة عادلة والاستقراض من ماله وجه بوجه فانه لامعنى لاستقراض المالك من ملكه او تقويم ماله على نفسه ٠

ومن هنا ظهر انه ليس المراد بتلك المطلقات كون اموال الولد للوالد حقيقة أو تنزيلا بحيث يفعل فيها مايشاء ثم ليس المراد من تلك المطلقات ثبوت الولاية لهما على الولد كما توهم اذ مورد بعضها هو الولد الكبير ، كالرواية المتضمّنة لشكاية الولد الى النبي (ص) من ابيه وما تضمن تقديم تزويج الجد على الأب في البنت معللا بان الجد أب للأب و البنت وغيرهما فلاشبهة في عدم ثبوت ولاية الأب والجد على الولد الكبير ، بل هو مستقل في التصّرف في امواله كيف يشاء وايضا لا وجه لتوهم ان المراد منها ثبوت جواز الانتفاع للأب والجد فانه مضافا الى مخالفته بثبوت جواز الاستقراض من مال الولد وتقويم الجارية للابن على نفسه ان جواز الانتفاع من اموال الاولاد لا يدّل على ثبوت الولاية عليهم ٠

والحق انها اجنبية عن المقام وانما هي راجعة الى بيان امر اخلاقي ناشيء من امر تكوينيّ فانّ الولد بحسب التكوين موهبة من اللّه تعالى للاب ومقتضى ذلك ان لا يعارض في تصرفاته ويكون منقادا با مره ونهيه ويؤيد ذلك

ما فى علل عن محمد بن سنان فى تفسير قوله تعالى: ((يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء ذكورا)) ان الولد موهوب من اللّه وهبة للأب وعلى هذا ليس من الانصاف ان يعارض ما هو هبة للانسان للموهوب له ، بل منقضى الاخلاق هو التحرك بتحريك الأب لكونه له أى هبة له و تحفة من اللّه تعالى اليه واذن فلادلالة فى اطلاقها على ماذهب اليه المصنف من عدم اعتبار المصلحة فى تصّرفات الولى وما ترى من جواز تصرف الجد والأب فى مال الولد واخذهما منه من جهة كون انفاقهما عليه مع الاحتياج فلاربط لذلك الى جهة الولاية بوجه ، نعم لا ينكر الاطلاق لبعض ما ورد فى باب النكاح من جواز عقد الجد والأب للابن بدون اذنه وللبنت بدون اذنها اذ ليس فيه نقيد بصورة وجود المصلحة فى التصرف ولكن سيأتى جوابه ٠

وثانيا على تقدير وجود المطلق كماهو كك لبعض ماورد فى باب النكاح من جواز تزويج الاب الابن بدون اذنه او تمامية اطلاق الروايات المتقدمة كما زعمه المصنف(ره) فلابدّ من تقييدها بصورة وجود المصلحة بصحيحة ابى حمزة الثمالى فانها دلّت على عدم جواز تصرفات الولى فى مال الطفل بدون المصلحة لقوله (ع) لا نحب ان يأخذ من مال ابنه الاّ مايحتاج اليه مما لا بدّ منه ثم استدل (ع) بقوله تعالى : ((ان اللّه لا يحب الفساد)) فلا شبهة ان قوله (ع) لا نحب وان كان لا يدّل على الحرمة و لكن بضميمة استشهاده(ع) قوله تعالى ((ان اللّه لا يحب الفساد)) يدل على الحرمة اذ لا شبهة ان الفساد ليس قسما منه مكروها وقسما منه حراما بل هو متمحّض بالحرمة ٠

ونظير ذلك رواية الحسين بن ابى العلا فى الدلالة على عدم جواز اخذ الزائد مما يحتاج اليه فبها تقيد تلك المطلقات، و لا شبهة أن مورد

الروايتين الخاصتين واذ ن هو الاموال ولكن ثبوت التقييد فيها يدل على ثبوته في باب النكاح ايضا بالاولوية اذ كما ان ثبوت الولاية فى باب النكاح للأب والجد دل على ثبوتهافى غير باب النكاح بالاولويّة لكون النكاح اهم و هكذا ثبوت التقييد فى غير باب النكاح يدل على ثبوته فى باب النكاح ايضا اذ مع عدم نفوذ تصّرفات الولى فيما لا يكون فيه صلاح فى الاموال ففي الاعراض بالاولى لكونها اهم ويؤيد ثبوت التقييد ماورد فى تقويم الجارية على الولى بقيمة عادلة وجواز اقتراض الولى من مال الولد اذ لو كان تصّرفات الولى نافذا فى حق الطفل مطلقا لم يكن وجه للتقويم بقيمة عادلة ، بل كانت القيمة النازلة ايضا وافيا وكذلك لم يكن وجه للقرض ، بل كان يكفى اخذه بأي نحو شاء هذا مع انه يمكن منع تحقق الاطلاق فى باب النكاح بحسب نفسها ايضا اذ الولاية للأب والجد على الاولاد لاجل حفظهم عن وقوعهم بالمضرات و توجههما اليهم ، و اما لو اوجبت الولاية توجه الضرر اليهم فمن الاول يمكن القول بعدم جعل الولاية فيه وخروجه عن مورد الروايات تخصصا بل هذا هو المتعين اذ لا يمكن القول بولاية الأب والجد على تزويج اولادهم كيف شائوا وان كان فيه ضرر عظيم موجب لتضرّره اذن فليس هنا اطلاق اصلا من الاول فضلا عن احتياجه الى المقيد ٠

وبالجملة انها ناظرة الى اصل جعل الولاية لهما مع ما فيهما من الرأفة للاولاد وليس فيها اطلاق الى سائر الجهات ، واما اعتبار المصلحة فى تصرفاتهم بان يلتزم بعدم كفاية مجرّد عدم المفسدة فى ذلك ، بل لا بد من وجود المصلحة فى تصرفاتهم وقبل بيان ذلك لا بدّ وأن يعلم انه يجوز تصرّف الولى لأنفسهم فى مال الطفل وان لم يكن فيه المصلحة ومن هنا يجوز قرض الولى من مال الطفل وتقويم جاريته على نفسه مع عدم وجود المصلحة فى ذلك

للطفل بوجه وهذا بالنسبة الى نفس الاولياء مما لا شبهة فى جوازه واما اعتبار المصلحة فى غير مايرجع الى شؤونهم فاستدل عليه بقوله تعالى ((و لا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن)) حيث ان التقرب الى ماله بلا مصلحة فيه ليس باحسن فلا يجوز.

وبالجملة كان كلامنا فى ولاية الأب والجد وقد اختيار المصنف عدم اعتبار شیء فى ولايتهما للاولاد وقربه شيخنا الاستاذ في الدورة الاخيرة وتمسك المصنف فى ذلك بالاطلاقات الواردة فى خصوص الولاية و جعلها لهما فان الظاهر فيها ان امر الاولاد وامر اموالهم راجع الى الجد والاب

وقد رئت انها اجنبية عن المقام لان المذكور فى اكثرها ان الابن ماله للاب فلا شبهة فى عدم امكان ارادة المالكية الحقيقية منها ليكون اللام للملك بحيث يبيع للابن او يوجرها من الغير فيوخذ اجرته وثمنه او يأخذ امواله ويفعل فيها مايشاء خصوصا مع ملاحظة ما فى بعضها من كون مورد ها الابن الكبير الذى لا ولاية لهما عليه اجماعا وكيف وقد ورد فى بعض الروايات تقويم الجارية للابن على نفسه والتصّرف فيها وفى بعضها الاخر اخذ القرض من مال الولد فلاشبهة فى عدم جريان ذلك فى اموال شخص المالك بالنسبة الى نفسه ولا يجوز ان يراد من تلك الاخبار المالكية التنزيليّة لماعرفت من عدم مالكيّة الاب والجد على الاولاد واموالهم بوجه ، بل لا يجوز ولا يتهم على بعض مافى تلك الروايات كالولد الكبير فلامعنى للتنزيل هنا ايضا كما لا يخفى بان ينزل اموال الاولاد بمنزلة ماله فى جواز التصرف فيها و فى انفسهم بالاجارة والبيع والشراء واكل اموالهم واجراء مايجرى على ماله بحيث يكون مال الطفل ونفسه من جملة امواله حقيقة اوحكما بلاوجه ، و لم يفتوه به أحد فيمانعلم ، بل هى ناظرة الى جهة الاخلاقى كماعرفت لما ذكر فى

بعض الروايات ان الولد هبة موهوبة للاب فلا ينبغى ان يعارضه فى التصرفات وماورد من جواز اخذ الاب والجد من اموال الولد مع الاحتياج ليس من جهة الولاية ، بل من جهة وجوب انفاق الاب على الولد مع الاحتياج كعكسه كك ٠

فليس فى تلك الروايات بحسب نفسها اطلاق وعلى تقدير ثبوت الاطلاق فيها كما ثبت فى جملة من اخبار النكاح فى تزويج الاب و الجد الابن والبنت لكونها مطلقة من حيث ثبوت المصلحة وعدم ثبوتها فى النكاح فلابد من تقييدها برواية الثمالى لانها صريحة فى عدم الولاية مع الفساد كما هومقتضى استدلاله (ع) بالاية وان تصرفات الجد والاب فى هٰذه الصورة محرمة وبرواية الحسين بن ابى العلاء فانها لاتدل على اخذ الاب من مال الطفل الاّ بمقدار قوته وعدم جواز التصرفات المسرفة فيه فلو كان لهماولاية على الطفل حتى مع المفسدة فى التصرف لما كان لهذا النهى وجه وعليه فنقيد بهما الروايات المطلقة حتى الواردة فى باب النكاح ولا يضر اختصاص موردهما بالاموال لانه اذا ثبت التقييد فى ذلك فيثبت فى النكاح بالاولويه لكونه اهم فى نظر الشارع، بل يمكن منع تحقق الاطلاقات فى باب النكاح ايضا من جهة انها ناظرة الى جعل الولاية للاب والجد وكون ولاية الثانى مقدمة على الاول بما لهما من الرأفة الطبيعى لاولادهم بان يعاملوا معاملة مال نفسهم فى حفظه وعدم التصرفات المتلفه فيه فاصل جعل الولاية لهذا الموضوع مشعر لهٰذه الحكمة والعلة وعلى هذا فتصرفاتهم الموجبة لتلف اموالهم وتضرّرهم بما لا ينبغى ينافى لذلك الحكمة والملاك فتنقلب على العكس ٠

وبالجملة ظاهر جعل الولاية للاب والجد على الاولاد لرأفتهما على

الطفل لكونه هبة له وموهوبا عليهم من قبل اللّه تعالى كما اشير الى ذلك فى جملة من الروايات فلا تعرض فيها لصورة المفسدة لكونها على خلاف الرأفة فلا اطلاق فيها ايضا وقال بعض مشائخنا المحققين بوجود المقيد فى باب النكاح ايضا حيث ورد فى بعض روايات جعل الولاية لهما فى باب النكاح ان تزويج الجد يتقدم اذا لم يكن ضرر فان مفهومه يدل على عدم الولاية له مع الضرر فيكون مقيدا للمطلقات فيها ٠

وفيه ان المفهوم وان كان موجودا ولكنه عدم الولاية مع الضرر ، بل المراد به نفى اولوية الجد وتقديمه على الاب عند الضرر وهذا غير مربوط بالرواية فلا يكون ذلك مقيدا للاطلاقات فى باب النكاح ٠

الجهة الثانية :فى انه اذ اعتبرنا عدم جعل الولاية لهما فى صورة وجود المفسدة فى تصرفات الأب والجد فهل يعتبر زائدا على ذلك اعتبار المصلحه فى تصرفات بحيث لا يجوز تصرّفهم اذا خلا عنها ولو لم تكن فيه مفسدة ام لا يعتبر ،وقد تقدم ان التصرفات الراجعة الى نفس الولى ولو لم تكن فيها مصلحة جائزة بلا اشكال وانما الكلام فى غيرها وقد استدل على الاعتبار بوجوه :ــ

الاول : ان طبع المطلب وجعل الولاية لهما يقتض ذلك فان ذلك لأجل ان يتصّرف فى اموالهم بما من المصلحة من التجارة و التبديل و الاّ فمجرّد التصرّفات اللغوة بلا وجود ثمرة فيه فلايجوز وبالجملة ان حكمةجعل الولاية للاب والجد بحسب الطبع هى جلب المنافع له ودفع المضارعنه لكون الأب والجد بحسب الطبع هكذا بنسبة الى اولادهم والاّ فمجرد كون شئ ذى صلاح لغير الطفل وان لم يكن فيه صلاح له لا يجوز التصرفات فى فعله وبالجملة ان جعل الولاية لهما عليه ليس الاّ لحفظ الولد و ماله و

دفع المضار عنه وجلب المنفعة اليه والاّ فلايجوز التصرف في ماله و لو لم يكن فيه مفسدة ٠

وفيه ان هذا وان كان بحسب نفسه تماما ولكن لا يتم في جميع الموارد لامكان ان يكون الصلاح في ذلك الجعل راجعا الى الولي ٠

وبعبارة اخرى تارة يلاحظ في جعل الولاية لهما صلاح المولى عليه فيجرى فيه ذلك الحكمة ٠

واخرى يلاحظ حال الولي فلاشبهة انا نحتمل الثاني ايضا اذن فلا دافع للاطلاقات الدالة على جعل الولاية لهما عليه حتى في صورة عدم المصلحة في تصرّفهم ، بل يكفي مجرّد الشك في ذلك ايضا ولا يلزم العلم بعدم اعتبار المصلحة في ثبوت الولاية لهما عليه عند عدم المصلحة في التصرف ٠

الثاني : دعوى الاجماع على الاعتبار وفيه ان المحصل منه غير حاصل والمنقول منه ليس بحجة لمخالفة جملة من الاعاظم في ذلك ، بل نحتمل استناده الى الوجوه المذكورة هنا لعدم الجعل في صورة عدم المصلحة فلا يكون هنا اجماع تعبدي كاشف عن رأي الحجة ٠

الثالثة : قوله تعالى ((ولا تقربوا مال اليتيم الاّ بالتي هي احسن)) وهذه هي العمدة في المقام بدعوى ان التصرّف الخالي عن المصلحة في مال اليتيم ليس تصرفا حسنا فيحرم للنهي عن التقرب اليه ، فان اطلق اليتيم على من مات امه كما ليس ببعيه فتشمل الآية لكل من الاب و الجد ، و الاّ فتختص بالجد ويتم في الأب بعدم القول بالفصل اذن فنرفع اليد عن الاطلاقات الدالة على ثبوت الولاية لهما مطلقا حتى مع المصلحة ٠

وفيه أن الآية عام لكل احد سواء كان ابا او جدا ام غيرهما فانها

تنهي عن التقرب بمال اليتيم لكل احد فنخصصها بالروايات الدالة على جعل الولاية للاب والجد ولو مع عدم المصلحة فيه وليس بينها عموما من وجه حتى يعمل بقواعده لانحصار الموضوع فی الروايات بالأب و الجد فقط وعمومه فی الاية وان كان الامر كك مع ملاحظة الحكم ولكن الحكم وارد على الموضوع الواحد فقط فی الرواية وعلى المتعدد فی الاية فافهم ٠

ومن هنا يظهر الجواب عمّا ذهب اليه المصنف اخيرا من التفصيل بين الأب والجد والقول بثبوتها للجد دون الأب لعدم اطلاق اليتيم على من مات امه لتشمل الاية لهما فانه مضافا الى اطلاق اليتيم على من مات امه انك علمت سابقا ان ولايتهما ثابتة فی النكاح على الابن والبنت، و فی الاموال بالاولى فلا نحتاج الى الاستدلال بالاية على ثبوت الولاية حتى يمنع عن شمولها للأب فتختص بالجد فقط وسيأتی الكلام فی هذه الجهة ٠

الجهة الثالثة : بعد الفراغ عن اعتبار عدم المفسدة فی تصرفات الأب والجد فی مال الولد ،فهل هذا شرط فی عالم الاحراز فلو احرز فی مورد عدم المفسدة فباع مال الولد فبان وجود المفسدة فی ذلك فلايبطل البيع وينفذ التصرف او هو شرط فی الواقع فلو كان مورد مفسدة واقعيه فلم يحرز او احرز عدمها فاقدمه فيكون باطلا او انهما من الشرائط معا فلو احرز المفسدة ومع ذلك اقدم على التصرّف فبان كونه صلاحا اذ لو لم يباع لكان تلفا اوأحرز الصلاح فاقدم فظهر عدم الصلاحية فيكون تصرّفه هذا صحيحا٠

نعم لو احرز المفسدة فی مورد فاقدم على التصرّف فظهر كما احرزه فيكون فاسدا ٠

والظاهر هوالوجه الاخير وقبل بيان وجهه فلابدّ وان يعلم انهذه الجهة لم يحرز فی كلامهم ،بل لميذكر الاّ بنحو الرمز والاشارة فنقول قد

علمت ان المقيد للاطلاقات كان خبر الثمالى ،فانه اعتبر عدم الفساد فى تصرّفات الأب والجد فى مال الطفل ،وهو كالمعصية قائم بامرين احدهما الوجود الواقعى وثانيهما احرازه اى تنجزه لا يقال انّ فلانا افسد اوفعل فعلا فاسدا ،كما ان الامر كك فى عنوان المعصية حيث ذكرنا فى سفر معصية فى تحققها امران احدهما ان يكون ما سافر لاجل الغرض المعلوم معصية والثانى علم المسافر بذلك وتنجز التكليف فى حقه بحيث يكون المنجز هو الحكم الواقعى فى حقه ، فلو سافرت المرأة بدون رضاية الزوج فبان انها مطلقة فلا يكون سفرها معصية اوسافرت بزعم انها مطلّقة فبان خلافها فليس سفرها سفر معصية ايضا وانما يكون سفر معصية مع اجتماع الامرين ٠

وبالجملة فما لم يتحقق كلا الامرين لا يتحقق المعصية كما انه مع عدم تحقق الفساد الواقعى واحرازه فى التصرف لا يقال ان تصرّف الولى كان مفسدا ٠

وعلى هذا فيكون المقيد لتلك الاطلاقات المثبتة للولاية للأب و الجد فى خصوص كون تصرفهم مفسدا لمال اليتيم مع العلم به وما لم يتنجز ، فلا مانع من التمسك بالاطلاقات والحكم بثبوت الولاية لهما ٠

وكان الكلام فى الجهة الثانية فهى اعتبار المصلحة زائدا عن اعتبار عدم المفسدة فى ولاية الأب والجد٠

وقد استدل على ذلك بوجوه :ـ

الاول : دعوى الاجماع على ذلك وفيه انه بعد ذهاب المتأخرين الى عدم اعتبار شئ فيها الاّعدم المفسدة ،بل ذهاب بعض آخر الى عدم اعتبار شئ فيها لا يبقى مجال لدعوى الاجمال ليكون اجماعا اصطلاحيّا تعبديا وكاشفا عن قول المعصوم(ع) ، الثانى دعوى ان الحكمة فى جعل

الولاية للأب والجد ليس الاّ جلب المنفعة للطفل ودفع الضرر عنه ، و الاّ فتكون لغوا ·

وفيه ان هذا وان كان تماما فى غير الاب والجد ولكنه لا يتم فيهما لامكانِ ان تكون الحكمة فى جعل الولاية لهما ملاحظة حالهما من الشفقة الذاتية والرأفة الطبيعية الموجودة فيهما بالنسبة الى الاولاد، وانهما لا يقدمان على ضرره وان كان فى بعض الاحيان يفعلون فى اموال الطفل ما يرجع الى نفعهم كما ثبت ذلك فى النص ايضا كالاقتراض من مال الطفل وتقويم جاريته على نفسه فانه أى نفع فى ذلك للولد ، بل قد ورد جواز الاكل من مال الولد مع الاحتياج. وان كان هذا من جهة الإتفاق و لذا قيدنا هذه الجهة فى اول المطلب بان المراد فى اعتبار المصلحة فى تصرفهما التصرفات الراجعة الى غير الأب والجد والاّفيجوز لهما ان يتصرفا فى اموال الطفل تصرّفا لا اصلاح ولا فساد فيه للطفل ، بل للولى فقط، كالاقتراض وتقويم جاريته على نفسه والتصرّف فيها وكيف كان لا يستفاد من حكمة الجعل الاّ كون اعتبار المصلحة فى التصرفات الراجعة الى غير الولى لا فى التصرّفات الراجعة اليهم ، بل ثبت جواز اخذهما من مال الطفل بقدر الاحتياج ·

الثالث : الاية المباركة ((ولا تقربوا مال اليتيم الاّ بالتى هى احسن)) التى هى العمدة فى المقام وقلنا فى الامستبعا للشيخ ان الروايات الدالة على ثبوت الولاية للأب والجد مقيدة للاية ومخصصة لها لكونها مطلقة من حيث اعتبار المصلحة فيها وعدم اعتبارها وانما الثابت اعتبار عدم المفسدة فى ذلك كما تقدم فلا تدّل الاية على المدعى ·

وفيه ان لهذا الكلام مناقشة واضحة اذ الروايات المثبتة للولاية عليهما

على طائفتين :ـ

الاولى : مادل على كون الأب مالكا للأبن وماله ٠

والثانية : مادل على ثبوت الولاية لهما فى النكاح و جواز تزويجهما الولد٠

اماالطائفة الاولى فبناء على دلالتها على مالكية الاب والجد للولد و ماله اما حقيقة او تنزيلا بان يعامل معه وماله معاملة مال نفسه ،و ان لم يكن مالكا حقيقة وان كان تماما ولكن نمنع دلالتها على هذا كما عرفت، اذ مورد بعضها الولد الكبير فلاشبهة فى عدم ولايتهما عليهم و على مالهم و ايضا ثبت جواز اقتراض الولى من مال الولد وتقويم جاريته على نفسهمع انه لامعنى لأن يقترض الانسان من مال نفسه وان يقوم مال نفسه على نفسه ٠

وبالجملة ان السيرة العقلائية والشرعية وان اقتضت ثبوت الولايه للأب والجد على الاولاد ولكن السيرة القطعية ايضا قامت على عدم جواز المعاملة مع مال الطفل معاملة مال نفسه خصوصا الكبار منهم ٠

واما الطائفة الثانية فالاطلاق فيها تمام فى باب النكاح بالمنطوق خصوصا فى رواية الكافى يجوز أمر الأب والجد فى النكاح من غير تقييد ، بكونه صلاحا له فنتعدى الى غير باب النكاح بالاولوية كماعرفت بل تلك الاولوية منصوصة فانه عليه السلام بعد ماسئل عن تصرّف الولى فى مال الطفل فقال فهل يجوز نكاح الولى؟ قال السائل نعم ،فقال عليه السلام :فكيف لا يجوز تصرّفه فى الاموال ،ولكن معذلك لا يمكن تخصيص الاية بها لا من جهة الاشكال فى الاطلاقات ومنع تحققها ،بل من جهة ان الكلام فى مقدار ثبوت الولاية بها وجواز تصرفاتهم أى الاولياء فى مال المولى عليه فان الظاهر من الآية أن التصرفات الغير الحسن ليست بجائزة واطلاقات الروايات جوازها

مع عدم المفسدة فيها فيقع التعارض فی مورد ليس فيه صلاح للولد و لا فيه مفسدة وليس راجعا الى الولى ايضا كالاقتراض ونحوه لما عرفت جوازه بالنسبة الى الولى ٠

اذن فلايمكن المساعدة على ماذهب اليه المصنف من القول بالتخصيص ولكن للمناقشة فى ذلك ايضا مجال واسع لمنع دلالة الاية على ثبوت الولاية وكونها اجنبيّة عن المقام نعم لوكانت دالة فالامر كماذكرناه من العموم من وجه ٠

وتوضيح منع الدلالة بعد مالم نجد رواية فى تفسير الاية و لا تعرضا لها فى آيات الاحكام ان ظاهر الاية هو النهى تكليفا فى التسلط على مال اليتيم وتملكّه واكله بالباطل وذلك لما ذكرنا فى بحث التفسير ان النهى عن التقرب يختلف باختلاف الموارد فاذا تعلق بالافعال نظير ((لا تقربوا الزنا و لا تقربوا الفواحش)) ونحوهما يفيد حرمة الفعل وكونه بنفسه محرّما واذا تعلق بالاعيان يدّل على عدم التسلط عليها وحرمة اكلها ومبغوضيّة تملكها اذن فالنهى عن التقرب بمال اليتيم نهى تكليف لا نهى وضعى يفيد عدم نفوذ التصرّف كالبيع والشراء والمراد بالباء هو باء السببية نظير الباء الذى قلنا بالسببّية فيه فى آية ((التجارة عن تراض)) والمراد بالتى ليس هو التقرب والاّ لما كان وجه للتأنيث، بل هى اشارة الى الطريقة الوسطى الاسلامية او الى الشريعة الواضحة المحمدية كما عبّر عن ذلك فى آية أخرى بالمعروف ونهى عن اكل مال اليتيم الاّ بالمعروف وعليه فتكون الاية نظير آية التجارة نهيا عن أكل للمال بالباطل الاّ بالطريقة الوسطى وبالاسباب الشريعيّة فلاتكون مربوطا بالبيع والشرى وبجهة الولاية وانما ذكراليتيم هنا لكون أكل المال بالباطل من مال اليتيم كثيرا لعدم الدافع عنه كماذكرذلك

فى بعض التفاسير ايضا ، بل لا بد من احراز من يجوز له التصرف ليكون تصرفه بوجه حسن وبالطريقة الوسطى من الخارج فلاشبهة فى دلالة المطلقات على ثبوت الصغرى ومن له التصرف للاب والجد فتكون تصرفاتهم من الطريقة الوسطى وبالشريعة الحسنة ·

ولو تنزلنا عن تخصيص الاية بالنهى عن التقرب التكليفى واردنا من ذلك مطلق النهى اعم من التكليفى والوضعى ، بان يكون المراد بها النهى عن التقرب باموال اليتيم تكليفا ووضعا ويكون ذلك التقرب حراما تكليفا و غير نافذ وضعا فايضا تكون الاية خارجة عن صحة البيع من الولى مع المصلحة او بدونه وتصرفات الولى لما ذكرناه من الوجه من كون المراد بالباء السببية ومن التى الطريقة الوسطى والشريعة دون التصرّف الحسن فى مال اليتيم فأى شخص يجوز له التصرف و أى شخص لا يجوز له ذلك ، فلابدّ وان يحرز من الخارج اذن فالروايات محرزة لذلك كما عرفت ·

وبالجملة فالاستدلال بالاية انما يتوقف على مقدمتين على سبيل منع الخلو كلتاهما ممنوعة :ـ

الاولى : ارادة النهى التكليفى من النهى عن التقرب بمال اليتيم و قد عرفت ضعفه ·

والثانية :ان يراد بالتى هى احسن التصرّف الحسن ليدلّ على جواز التصرف للولى فى مال الطفل عند وجود المصلحة له ، وقدعرفت منعه أيضا اذن فلا يبقى للآية دلالة على المدعى فضلا عن القول بالتخصيص بالروايات او ايقاع المعارضة بالعموم من وجه ، بل هى اجنبيّة عن جهة الولاية بالمره فضلا عن تلك القيل والقال فافهم ·

الجهة الرابعة :هل الحكم مختص بالجد الدانى او يعم العالى

أیضا ؟ فاظاهر الاطلاقات هو الثانی،اذ لم یفصّل فیها بین العالی والدانی بل مقتضی قوله(ع) فی روایة الکافی یجوز امر الاب والجد وکذا غیره عدم الفرق بین الاجداد وان الجد وان علا یشارك الأب فی الولایة عرضا علی ان مقتضی الاخبار المتقدمة الدالة علی ثبوت الولایة للاب معللا بانك ومالك لابیك فان الظاهر منها بحسب الاستغراق ان کل أب مالك لابنه و ماله انما سری الحکم فکل أب عال مالك للأب النازل وما فی یده ، لکن الاب النازل مالك لابنه وماله بالقیاس استثنائی فیکون الأب العالی ایضا کك وبالجملة فالعمدة فی المقام هو الاطلاقات والزائد عن ذلك مؤیدات .

الجهة الخامسة :فی انه اذا فقد الأب فهل الحکم بولایة الاجداد عرضی فلکل واحد منهم ولایة فی عرض الاخر او طولی بمعنی ان الاقرب منهم یمنع الاّ بعد ربما یتوهم الثانی لایة الارث ((فاولوا الارحام بعضهم اولی ببعض)) فکما ان الجد الاقرب الی المیت یمنع عن الابعد فی الارث فکك هنا ایضا ولکن الظاهر ان الایة واردة لحکم الارث ولا تشمل الولایة فکل منهما مقام غیر مربوط بالاخر ، بل مقتضی الاطلاقات فی باب النکاح ایضا عدم الفرق فی ذلك وکون کلهم مشترکین فی ثبوت الولایة لهم فی عرض الاخر مع وجود الأب وفقده خصوصا روایة الکافی یجوز امر الجد والاب فی النکاح ولم یوقف ولایة الجد علی عدم الاخر مع عدم الأب او مع وجوده وکك فی الاطلاقات الاخر وهذا مما لا اشکال فیه وانما الکلام فی نفوذ ولایة الجد مع عدم الاب حیث انه ذکر ثبوت الولایة فی المطلقات للجد مع الاب فیمکن الحدس منها انه مع فقد الأب لیس للجد ولایة علی الطفل اصلا .

وبالجملة ان الکلام فی الجد یقع فی جهات ثلاثة :الاولی :فی انه هل ثبت الولایة لغیر الجد الادنی من الاجداد او یختص الحکم بالجد الأدنی

او يعم الاجداد الاعلون ايضا مورد بعض الروايات الدالة على ثبوت الولاية للجد وان كان هو الجد الأدنى كالرواية الدالة على تقديم تزويج الجد على الأب وبعضها الاخر ولكن اطلاق جملة منها على مطلق الاجداد لا ينكر كرواية الكافي يجوز امر الجد والأب الشامل لمطلق الاجداد وغيرها وذكر الجد مع الاب لا يكون قرينة لارادة الجد الادنى فقط، ففي هذه الطائفة المطلقة غنى وكفاية، بل مقتضى التعليل لثبوت الولاية على الاب، بأن انت ومالك لابيك اذ هو شامل بنحو القضية الحقيقية وبعنوان الاستغراق على كل الاجداد، بل يتأكد الحكم كلما تتصاعد الاجداد.

وبالجملة مقتضى طائفة من المطلقات هو ثبوت الولاية للاجداد الاعلون كما تثبت للجد الادنى ايضا، وان كان مورد بعضها خصوص الجد الادنى الاّ ان في غيره غنى وكفاية.

الجهة الثانية: هل يختص ولاية الجد بحال حيات الاب اوثبت له مطلقا كما هو المشهور بين المتأخرين ولو في حال الممات ايضا مقتضى الاطلاقات هو عدم الفرق بين حال الحيات وحال الممات، كرواية الكافي و غيرها، بل مقتضى التعليل بقوله انت ومالك لابيك هو ذلك ايضا فلا وجه لتخصيصها بصورة الحيات، نعم يظهر من رواية فضل بن عبدالملك تقييدها بصورة الحيات فقط، فان فيها سئل عن تزويج الجد ابنة ابنه فقال عليه السلام اذا كان الأب حيّا والجد مرضيّا فلا باس، فان الظاهر منها انه اعتبر في ولاية الجد امران الاول ان يكون الأب حيّا والثاني ان يكون مرضيّا وظاهر المرضي كونه مرضيّا في دينه ودنياه فتكون دالة على اعتبار العدالة في ولاية الجد وقد ورد هذا اللفظ في امام الجماعة ايضا واريد منه العدالة فيها ولوية تثبت اعتبارها في ولاية الاب ايضا وعليه فما تقدم منا من عدم اعتبار العدالة

فى ولاية الأب والجد على الطفل بلا وجه لو صحّت الرواية حيث ورد اعتبار ها هنا وان عللوا الحكم هناك بوجه عقلّى كما عن الايضاح وغيره و انه ظاهر فى عدم وجود الرواية هنا وقد نقل المجلسى فى شرح الكافى عن بعضهم اعتبار العدالة فى ولاية الاب والجد اعتمادا على هذه الرواية ٠

والكلام فى هذه الرواية يقع من جهتين :ــ

الاولى : فى سندها ٠

والثانية :فى دلالتها٠

اما الاولى فسند الرواية من غير جهة جعفر بن سماعة بن موسى وان كان تماما لكونهم ثقات وان كان بعضهم واقفيّا رمى الرواية المجلسى الى الضعف من جهة الوقف واما جعفر بن سماعة فهو ضعيف فتكون ضعيفا من جهته وفى الرجال الكبير اتحاده مع جعفر بن محمد بن سماعة المسلم الوثاقة وانما حذف لاجل الاختصار وعليه فتكون الرواية موثقة و قيّد بها جميع المطلقات مع ثبوت دلالتها وتختص ولاية الجد بصورة حيات الأب٠

ولكن هذا فاسد فيكفى فى نفى الاتحاد وضعف الرواية مجرد احتمال التعدد ٠

وبعبارة اخرى انما يجوز العمل بالرواية مع ثبوت وثاقتهفبدون الاحراز لا يجوز العمل بها ،فمجرّد كون جعفر بن محمد بن سماعة ثقة لا يوجب كون جعفربن سماعة ايضا ثقة للاتحاد لاحتمال ان يكون هنا جعفران أحدهما ابن السماعة والاخر ابن ابنه ،فهو ليس ببعيد اذن ،فالرواية ضعيفة السند كما فى المرات شرح الكافى ٠

الجهة الثانية :فى دلالتها وقد وقع الخلاف فى ان المفهوم فى قوله عليه السلام اذا كان الأب حيّا جاز ،هل هو مفهوم الشرط أو هو مفهوم الوصف

فحكى الاول عن صاحب الجواهر والثانى عن غيره ، و ان كان الثانى بان يكون ثبوت الولاية للجد بوصف التزويج لابنه ، فاذا انتفى الوصف انتفى الولاية اذ القيد جاء لبيان تحقق الموضوع فليس من قبيل مفهوم الشرط فانه مثل ان رزقت ولدا فاختنه فلا مفهوم فى الرواية لتدل به على عدم الثبوت عند موت الأب وان كان من قبيل مفهوم الشرط فتدّل على ذلك و قد اختار شيخنا المحقق الاول واشكل فى المفهوم الشرط من جهة القيد جىء به لبيان تحقق الموضوع وان نفوذ العقد وجوازه فيما اذا كان الجد يزوج ومع عدم الزواج فليس هنا عقد حتى ينفذ او لا ينفذ فيكون سالبة بانتفاء الموضوع نظير ان رزقت ولدا فاختنه وان ركب الامير فخذ ركابه وامثال ذلك والظاهر ان المقام من قبيل مفهوم الشرط ومع ذلك لا يدّل على المقصود و توضيح ذلك ان القيد فى القضية الشرطيّة تارة يجيىء لبيان تحقق الموضوع فقط كقولك ان ركب الامير فخذ ركابه ان رزقت ولدا فاختنه فمع عدم الركوب و الارتزاق لا موضوع للحكم اصلا فضلا عن ثبوت المفهوم .

واخرى يكون القيد مولّيا وجىء به بعنوان المولويّة كقولك ان جاء زيد فاكرمه اذ المجيىء قيد للاكرام ولكنه ليس بالتكوين ، بل بالمولويّة فهذا لا شبهة فى ثبوت المفهوم فيه ودلالة انتفاء القيد على انتفاء الحكم .

وثالثة تكون القضيّة الشرطية مركبة من امرين أى يكون فيها قيدين أحدهما مولوى والاخر تكوينىّ كما اذا قال ان رزقت ولدا و كان متصفا بوصف كذا فتصدّق بدرهم فان قيد الارتزاق تكوينى ولكن قيد اتصافه بوصف كذا مولوى فبالنسبة الى القيد الذى لبيان الموضوع فلا مفهوم لها ، و اما بالنسبة الى القيد المولوى فللقضيّة مفهوم وهذه كبرى كليّه قد نقّحناها فى الاصول والمقام من هذا القبيل فان قوله عليه السلام ان زوّج الجد ابنة ابنه

وكان ابوه حيّا بالنسبة الى قيد التزويج ،فالقضية سيقت لبيان الموضوع فلا مفهوم لها مع انتفاء القيد واما بالنسبة الى القيد الاخر وهو كون الأب حيّا والجد وصيّا فالقيد مولوى فتدل على المفهوم فينتفى الحكم عند انتفاء القيد اذن فلا وجه للاشكال على الرواية من ناحية مجيء القيد لبيان تحقق الموضوع.

بل الوجه فى عدم دلالتها على المفهوم وعلى اعتبار حيات الأب فى ثبوت الولاية للجد هوان القيد أعنى كون ابوه حيّا لم يذكر مولويّا ولتقييد الولاية وتخصيصها بخصوص حياة الأب بل ذكر للتنبيه على خلاف العامة من تخصيصهم ولاية الجد بصورة موت الأب وانه مع وجود الأب لا تصل النوبة الى الجد،فهذا الذى ذكرناه وان كان فى نفسه خلاف الظاهر من الرواية ولكن مع ملاحظة ماالتزم به العامة وملاحظة الروايات الاخر حيث صرح فيها بولاية الجد مع حيات الاب تكون الرواية واضحة الدالة على المدعى .

الجهة الثالثة : هل تختص الولاية بعد موت الأب بالجد الادنى أو يعم الجد الاعلى أيضا ،الظاهر عدم الفرق فى ذلك بين حياه الأب و مماته فان ثبت الحكم لجميع الاجداد ثبت مطلقا ،و الاّ فلا ،الظاهر هو الاول لوجود المقتضى وعدم المانع ،اما الاول فلان اطلاقات باب النكاح مع التعليل المذكور فى الروايات من قوله عليه السلام انت ومالك لابيك عدم الفرق بين الاجداد فى ذلك واما عدم المانع فلأن ماتوهم من المانع ليس الاّ قوله تعالى ((واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فى كتاب اللّه))فعموم الاية يشمل الولاية ايضا فتثبت الولاية على الاجداد عند موت الأب بالطول وان كانت ثابتة حال الحياة بالعرض للاطلاقات المقيدة لعموم الاية ولكن بعد الموت فلا مقيد فتخصص الحكم بالجد الادنى الدالة على ثبوتها لمطلق الاجداد مطلقا سواء كان الأب حيا أو ميتا ،وفيه أن الاية وردت فى الارث

فلايجوز التمسك بها فی المقام مع ماعرفت .

الكلام فی ولاية الفقيه

قوله(ره) من جملة اولياء التصرف فی مال من لا يستقل بالتصرف ،

أقول وقبل الخوض فی المسألة لا يخفی ان الافتاء من مناصب الفقيه ، بل يجب له الافتاء مع الرجوع اليه واجتماع شرائط الافتاء فيه كما يجب له القضاء بل هو من شئون الافتاء وهذا مما لا شبهة فيه .وانما الكلام فی التكلم فی مقامين علی ما تكلم فيهما المصنف .

وبعبارة أخری ان للفقيه ثلاثة مناصب ،أحدها الافتاء فيما يحتاج اليه الناس فی عملهم ومورده المسائل الفرعية والموضوعات الاستنباطية و هذا مما لا شبهة فی وجوبه علی الفقيه اذ للمكلف اما يجب ان يكون مجتهدا أو مقلدا أو عاملا بالاحتياط .فاذا رجع المقلد الی الفقيه يجب عليه الافتاء نعم بناء علی عدم وجوب التقليد لا يجب الافتاء وتفصيل الكلام موكول الی باب الاجتهاد والتقليد .

الثانی : الحكومة والقضاوة فلاشبهة فی ثبوت هذا المنصب له أيضا بلا خلاف كما بيّن فی بحث القضاوة .

الثالث: ولاية التصرف فی الاموال والانفس ويقع الكلام هنا فی جهتين:

الاولی :استقلال الولّی بالتصرف فی مال المولی عليه او فی نفسه مع قطع النظر عن كون غيره ايضا مستقلا فی التصرف فی ذلك وعدمه و توقف تصرّفات ذلك الغير علی اذن الولی وعدمه .

الثانية :فی عدم استقلال الغير فی التصرف فی اموال المولی عليه و انفسهم وانما هو متوقف علی اذن الولی من الحاكم أو غيره سواء كان الموقوف

علیه أیضا مستقلا فی التصرف أو لم یکن ، والمرجع فی ذلك الی کون نظره شرطا فی تصرّفات الغیر وان لم یکن هو أیضا فی نفسه مستقلا فی التصرف فی أمواله ونفسه وبین الجهتین عموم من وجه ثم لا باس بصرف عنان الکلام الی ولایة النبی وأوصیائه تبعا للعلامة الانصاری (ره) ویقع الکلام فیه فی جهتین کما تقدم ․

أما الکلام فی الجهة الاولی وکونهم مستقلین فی التصرف فالکلام فیها من جهات أربعة :ــ

الاولی : فی ولایتهم التکوینیة ․

الثانیة :فی ولایتهم التشریعیة ․

الثالثة :فی نفوذ اوامرهم فی الاحکام الشرعیة الراجعة الی التبلیغ ووجوب تبعیتهم ․

الرابعة :فی وجوب اطاعة أوامرهم الشخصیة ․

أما الجهة الاولی فالظاهر أنه لا شبهة فی ولایتهم علی المخلوق باجمعهم کما یظهر من الاخبار لکونهم واسطة فی الایجاد وبهم الوجود ، و هم السبب فی الخلق ، اذ لولاهم لما خلق الناس کلهم وانما خلقوا لاجلهم وبهم وجودهم وهم الواسطة فی افاضة ، بل لهم الولایة التکوینیة لما دون الخالق ، فهذه الولایة نحو ولایة اللّه تعالی علی الخلق ولایة ایجادیة و ان کانت هی ضعیفة بالنسبة الی ولایة اللّه تعالی علی الخلق وهذه الجهة من الولایة خارجة عن حدود بحثنا وموکولة الی محله ․

واما الجهة الثالثة اعنی وجوب اطاعتهم فی الاحکام الراجعه الی التبلیغ فهی قضیّة قیاستها معها اذ بعد العلم بان الاحکام الالهیة لا تصل الی کل احد بلا واسطة وان النبی صادق انما نبیء عن اللّه تعالی فلا مناص من وجوب اطاعته وحرمة معصیته وجوبا شرعیا مولویا فهذه الجهة

أيضا غنية عن البيان ،أما الجهة الرابعة فالظاهر أيضا عدم الخلاف في وجوب اطاعة اوامرهم الشخصية التي ترجع الى جهات شخصهم كوجوب اطاعة الولد للوالد مضافا الى الاجماع وان لم يكن تعبديا لاستناده الى الاخبار والايات التي تدل عليه ،اما الاية فقوله تعالى ((اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولوا الامر منكم)) .

اذ الظاهر منها كون كل منهم بعنوانه واجب الاطاعة ومفترض الطاعة وكون اطاعة كل منهم اطاعة لله لامره تعالى على ذلك لا من جهة كون اطاعتهم متفرعة على اطاعة الله ليكون الامر للارشاد ويخرج عن المولوية .

والاستشكال هنا من جهة الاية وغيرها من الادلة ناظرة الى وجوب الاطاعة في الجهات الراجعة الى الامامة دون شخصهم وشئونهم .

وفيه ان الادلة مطلقة من هذه الجهة فالتقييد بلا وجه نعم جهة الامامة من الجهات التعليلية لا من الجهات التقييديّة وان كونهم اماما و نبيّا اوجبت وجوب اطاعتهم في جميع الجهات .

وبالجملة لا شبهة في دلالة الادلة على ذلك وعدم تقيدهم بجهة الامامة هذا ولا بأس بالاستدلال بقوله تعالى ايضا ((اذا قضى اللّه و رسوله امرا فليس لهم الخيرةّ)) اذ حكمهم(ع) ولو بما يرجع الى شخصهم من الجهات من جملة القضا خصوصا بضميمة قوله تعالى ((فليس لهم الخيرة)) .

واما الروايات فوق حدّ الاحصاء كما ورد في وجوب اطاعتهم و في عدة موارد من زيارة الجامعة ذكر ذلك وقد استدل عليه بدليل العقل بدعوى انهم من جملة المنعمين وشكر المنعم واجب فاطاعتهم واجبة لكونها من جملة الشكر الواجب .

أقول : لا شبهة في كونهم منعما لكونهم واسطة في الايجاد والافاضة

بل من اقوى المنعمين وان شكرهم واجب وان انعامهم من جملة انعام اللّه وان كان ضعيفة بالنسبة الى (النعام اللّه تعالى) انعامهم و لكن هذا الوجوب ليس وجوبا شرعيّا ، بل وجوب عقلّى بمعنى ان العقل يدرك حسن ذلك وقبح تركه واما ان تركه أي شيء يستتبع اهو يستتبع العقاب فلا، بل غايته ان يستتبع منع النعمة واخذها من المنعمين بصيغة المفعول .

وقد قلنا في وجوب معرفة اللّه ان وجوب المعرفة شرعا لا يستفاد من الدليل اذ ليس للعقل الاّ الادراك وان تعظيمه لانعامه حسن و لكن لا يدّل على كونه معاقبا اذا لم يشكر بل على حرمان النعمة فقط و ما يوجب العقاب ويستبعه انما هو ترك الوجوب الشرعى ومخالفته .

وبالجملة لا يستفاد من الدليل وجوب المعرفة فكيف بوجوب اطاعة الائمة فى اوامرهم الشخصية .

وانما قلنا بوجوب المعرفة لاجل الضرر المحتمل والعقاب المحتمل و ليس هنا ذلك لقبح العقاب بلا بيان ولا يجرى ذلك فى وجوب المعرفة لعدم امكان البيان قبل المعرفة واحتمال انه يعاقب بلا بيان ضعيفة و بالجملة العمدة فى المقام هى الآيات والاخبار وربما يقرّر الدليل العقلى بوجه آخر غير مستقل ويتم بضّم مقدمة اخرى اليه وحاصله ان الابوة والبنوة تقتضى وجوب الطاعة على الابن فى الجملة والامامة تقتضى ذلك بالاولوية على الرعية لكون الحق هنا اعظم بمراتب وهذا نظير ان يقال ان الشىء الفلانى مقدمة للشىء الفلانى فمجرّد ذلك لا يكفى فى الوجوب و يتم ذلك بضم مقدمة اخرى من ان المقدمة واجبة .

وفيه انه على تقدير تمامية ذلك كما لا يبعد ان يكون كذلك بل ورد فى الرواية ان الرسول (ص) سئل عن شخصى تحبنى أكثر من ابيك او تحب

ابيك اكثر منى ،فقال احبك اكثر من ابى الى ان قال تحبى اكثر من اللّه فقال انما احبك للّه فاستحسنه الرسول(ص) الاّ انّ اطاعة الأب ليست بواجبة فى جميع الامور فلا يثبت بذ لك الاّ وجوب الاطاعة فى الجملة ، بل يمكن منع ذ لك ايضا لاحتمال الخصوصية هنا لاجل قرب الخصوصية و من هنا لو اوجب احد اسلام شخص فلايلزم من ذ لك كونه واجب الاطاعة على المسلم مع انه اوجب حياته الابدية والاب اوجب الحياة الجسدية فقط ليس الاّ.

وبالجملة لا يدل هذا ايضا على كونهم(ع) واجب الاطاعة فى اوامرهم الشخصية فالعمدة هى ماعرفته من الايات والروايات كمالا يخفى فراجع الى مظانها ،بل عقد لذلك بابا فى الوافى وفيها انه (ص) قال ان الناس عبيد لنا بمعنى انهم عبيد فى الطاعة لا كعبيد آخر ليباع اويشترى فراجع ، و فيها ان الائمة مفترض الطاعة وظاهر الفرض الوجوب المولوى لا الوجوب الارشادى.

الجهة الثانية فى ولايتهم التشريعة بمعنى كونهم وليّا فى التصرف على اموال الناس وانفسهم مستقلا ،فالظاهر ايضا لا خلاف فى ولايتهم على هذا النحو وكونهم اولى بالتصرف فى أموال الناس ورقابهم بتطليق زوجتهم وبيع اموالهم و غير ذ لك من التصرّفات ويدّل على ذ لك قوله تعالى ((النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم)) فان الظاهر من الاولوية الاولوية فى التصرف وكونهم وليّا لهم فى ذلك لا بمعنى آخر ،وقوله تعالى ((انما وليكم اللّه و رسوله)) ومعنى الاولى بالتصّرف ليس هو جواز تصرفهم بغير الاسباب المعدة لذلك ومباشرتهم على غير النسق الذى يباشر المالك على هذا النسق ،بل معناه كونهم اولى فى التصرف بالاسباب المعيّنة و مباشرتهم

بالاسباب التى يباشر بها الملاك بان يطلّق الامام زوجة شخص ثم يزوجها بعقد النكاح اما لنفسه او لغيره او يتصرّف فى دار الغير ببيعها لشخص آخر، او تصرفه فيها بنفسه، بل هذا ثابت بالروايات المتواترة و فى خطبة حجة الوداع من كنت مولاه فهذا على مولاه الست أولى بالمؤمنين من انفسهم قالوا بلى، بل فى صحيح الترمذى وروى عنه الجامع الصغير وفسّره الذى للسيوطى فى فضائل على عليه السلام انه(ع) كان فى بعض الحروب اخذوا اسارى وكانت فيهنّ جارية حسناء فاختص بها على عليه السلام فوقع جماعة فى الوسوسة واذا رجعوا الى النبى (ص) قبل ان ينزع الاول لامقحربه مشى الى النبى (ص) وكان رسمهم على المشى اليه (ص) قبل الذهاب الى بيوتهم اذا رجعوا عن الحرب فشكى عن علىّ (ع) ان الجاريه كانت فيئا للمسلمين فاختص بها علىّ (ع) فسكت النبى (ص) ثم جاء الثانى كالاول، فسكت النبى (ص) ثم جاء الثالث فغضب النبى (ص) وقال ماذا تريدون من على، فانه ولى بعدى أى بعدية رتبيّة فانى اولى بالناس من انفسهم يدل على ولاية على (ع) لجميع الناس نفسا ومالا ومن هنا قال فى جامع الصغير انّ هذا افضل منقبة لعلّى عليه السلام.

وبالجملة لا شبهة فى ولايتهم واستقلالهم فى التصرف على أموال الناس وانفسهم وتوهم كون السيرة على خلاف ذلك وان الائمة لم يأخذوا اموال الناس بغير المعاملات المتعارفة بينهم فلا يجوز ذلك للسيرة فاسد وذلك من جهة ان غير الامير المؤمنين عليه السلام لم يكن متمكنا من العمل بقوانين الامامة بل كانوا تحت استار التقية، بل الامير ايضا فى كثير من الموارد وكان فى غير موارد التقية لم يفعل ذلك لاجل المصلحة وعدم الاحتياج الى مال الناس و الاّ فلا يكشف عدم الفعل على عدم الولاية كما لا يخفى، هذا كله

مایرجع الی المقام الاول اعنی الولایة بمعنی الاستقلال فی التصرف.

واما الجهة الثانیة اعنی الولایة بمعنی توقّف تصرّف الغیر علی اذن الامام علیه السلام فنقول تارة دلّ الدلیل علی توقف جواز التصرف للغیر علی اذن الامام (ع) وعدم جوازه بدونه کباب الحدود ونحوها.

واخری یکون هنا اطلاق یدلّ علی اشتراطه باذنه کالقصاص والتقاص وقتل النفس للحد واجراء الحدود والتعزیرات الی غیر ذلک من التصرفات فان اطلاق ادلة تلك الامور یدل علی حرمة ایذاء الغیر وعدم جواز التصرف فی مال الغیر ونفسه وهکذا وهکذا فنتیجة ذلك هو الاشتراط باذن الامام علیه السلام وعدم جواز التصرف فی امثال ذلك الا باذنه.

وثالثة: یقتضی الاطلاق عدم الاشتراط کما اذا شککنا فی اشتراط صلاة المیت باذن الامام (ع) فان مقتضی الاطلاق هو وجوبها لکل أحد کفایة بلا اشتراط باذنه (ع) وینفی الاشتراط بالاطلاق ولو مع التمکن منه ولا یدل علی الاشتراط قوله السلطان احق بذلك، فانه فیما کان السلطان حاضرا وراء ان یصلی فلیس لاحد ان یمنع من ذلك حتی الوارث لکونه احق بذلك فلا دلالة فیه ان اقامة صلاة المیت مشروطة باذن الامام حتی مع التمکن من ذلك.

وبالجملة لوکان هنا دلیل دلّ بصراحته علی الاشتراط اودلّ باطلاقه علی ذلك او علی عدمه فیکون متبعا والاجل ذلك فالتزم المصف (ره) باجراء اصالة عدم الاشتراط وکون ذلك مخالفا للاصل وانه یقتضی عدم الاشتراط.

والذی ینبغی ان یقال ان کان هنا یمکن الوصول الی الامام (ع) و سؤال حکم القضیة عنه (ع) او عن نائبه الخاص لکون ذلك مما یسئل عنه لکونه من الاحکام الشرعیة فیها والاّ فیکون الاصل بحسب الموارد مختلفا فانه ان کان

هنا تكليف مجمل مردد بين ان يكون واجبا منجزا او واجبا مشروطا باذن الامام(ع) فمقتضى الاصل هنا عدم الوجوب لانه لا يعلم وجوبه فيدفع بالبراءة ٠

وان كان الوجوب منجزا ولكن نشك فى اعتبار اذنه(ع) فى صحته كصلاة الميت مثلا للعلم بوجوبه على كل احد ولكن نشك فى صحته بدون اذن الامام (عليه السلام) او نائبه الخاص ،فالاصل عدم الاشتراط فيكون واجبا مطلقا٠

وبالجملة ليس مفاد الاصل العملى فى جميع الموارد على نسق واحد، بل نتيجته في بعض الموارد هو الاشتراط وفى بعض الموارد عدم الاشتراط كما لا يخفى ،فما ذكر المصنف من كونه على نسق واحد ليس على واقعه ٠

قوله انما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين أقوله والغرض الاقصى انما هو بيان ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين وقد عرفت ان الكلام فى ولاية النبى (ص) واوصيائه من جهات ثلاث من حيث وجوب طاعته فى الاحكام الشرعية وتبليغها ومن حيث وجوب طاعته فى أوامره الشخصية ومن حيث كونه وليّا فى انفس الناس واموالهم ،والظاهر انه لم يخالف احد فى انه لا يجب اطاعة الفقيه الاّ فيما يرجع الى تبليغ الاحكام بالنسبة الى مقلده ،ولكل الناس لوكان اعلم وقلنا بوجوب تقليد الاعلم واما فى غير ذلك بان يكون مستقلا فى التصرف فى أموال الناس وكانت له الولاية على الناس بان يبيع دارزيد او زوّج بنت احد على أحد أو غير ذلك من التصرفات المالية والنفسيّة فلم يثبت له من قبل الشارع المقدس مثل ذلك نعم نسب الى بعض معاصرى صاحب الجواهر انه كان يقول بالولاية العامة للفقيه وكونه مستقلا فى التصرف فى أموال الناس وانفسهم واجتمع معه فى مجلس وقال صاحب الجواهر زوجتك طالق ،فقال المعاصر ان كنت متيقنا باجتهادك لاجتنبت من زوجتى وكيف كان فلا دليل لنا يدّل على ثبوت

الولاية المستقلة والاستقلال فى التصرّف للفقيه الا ما توهم من بعض الروايات منها مادلّ على ان العلماء ورثة الانبياء وان الانبياء لم يورّثوا دينارا ولا درهما ، ولكن ورثوا احاديثهم فمن أخذ بشيء منها أخذ بحظ وافر بدعوى ان الولاية على اموال الناس وانفسهم من جملة تركة الانبياء للعلماء فكما لهم ذلك فللعلماء أيضا ذلك ٠

و فيه اولا ان الوارثة انما تكون فى امور قابلة للانتقال فما لا يقبل الانتقال لا تقبل الوارثة كالشجاعة والسخاوة والعدالة و غيرها من الاوصاف الغريزية والنفسية وثانيا لم نحرز كون الولاية من قبيل ما تقبل التوريث، على ان الولاية العامة على القول بثبوتها للفقيه انما هى مجعولة له من قبل الائمة لا منتقلة اليهم بالتوريث فلا يمكن اثباتها للفقهاء بمثل هذه الروايات

وثالثا : ان الولاية خارجة عن حدودها تخصصا وذلك من جهة انها ناظرة الى ان شأن الانبياء ليس ان يجمعوا درهما ولا دينارا وليس همهم وحرصهم الى ذلك وجمع الاموال بل حرصهم ان يتركوا الاحاديث وصرحوا (عليهم السلام) بذلك وان المتروك أى شيء فى بعض الروايات و قال لكن ورثوا الاحاديث ومن اخذ منها فانما اخذ بحظّ وافر وليست هى ناظرة الى ان الانبياء لم يتركوا شيئا اصلا من الدار والثياب ، بل لا ينافى بترك درهم ودرهمين اذ ليس ذلك من قبيل الحرص بجمع المال والاّ فالائمة عليهم السلام كانوا يتملكون الدار والثياب ويورّثوها للورّاث ٠

وبالجملة ليست هذه الروايات ناظرة الى جهة توريث الولاية ، بل هى خارجة عنها تخصصا وانما هى ناظرة الى توريث احاديث والاخبار و من هنا ظهر ما فى الاستدلال بقوله(ع) والعلماء أمناء اللّه فى حلاله وحرامه فان الامانة والاستيداع منهم لا يقتضى كونهم وليّا من قبلهم فى التصرف فى

اموال الناس وانفسهم ٠

بل يمكن ان يراد من تلك الاخبار كون المراد من العلماء هم الائمة والاوصياء عليهم السلام لكونهم هم العلماء بالمعنى الحقيقى ،فمع دلالة تلك الاخبار على كون العلماء ورثة الانبياء عن التصرف فی اموال الناس و انفسهم فلا دلالة فيها لكونها ثابتة للفقيه أيضا ،فنعم الدليل الحاكم قوله عليه السلام نحن العلماء وشيعتنا المتعلمون ،اذن فيمكن دعوى ان كلّما ورد فی الروايات من ذكر العلماء فالمراد منهم الائمة عليهم السلام الّا اذا كانت قرينة على الخلاف كما فی الرواية التى سئل الفرق فيها بين علماء هذه الائمة وعلماء اليهود وغيرها مما قامت القرينة على المراد بان العلماء هم الشيعة والفقهاء ،واظهر من جميع من ارادة الائمة من العلماء قوله (ع) مجارى الامور فی يد العلماء بالله فان العلماء بالله ليس غير الائمة (ع) بل غيرهم العلماء بالحلال والحرام من الطرق الظاهرية ومع قبول شمول العلماء بالله للفقيه ايضا فلا دلالة فيها على المدعى ،اذ المراد من ذلك كون جريان الأمر به لا يكون الّا فی يد الفقيه بحيث لولاه تقف الامر فهو لا تكون الا فی توقف الامر بدونها الحلال والحرام نعم قد يكون للفقيه التصرف فی أموال الناس كاليتيم والمجنون ونحوهما وهذا غير مانحن فيه ٠

وأما الروايات الدالة على ان علماء امتى كانبياء بنى اسرائيل ، و فی الفقه الرضوى بمنزلة انبياء بنى اسرائيل فهى ناظرالى وجوب تبعية الفقهاء فی التبليغ والتنزيل من هذه الجهة بعد القطع بأنه لم يرد التنزيل من جميع الجهات ،بل فی الجهات الظاهرة فهى هذه كما فی زيد كالأسد اذ هو فی شجاعته لا فی جميع الجهات حتى فی أكله الميتة مثلا والنكتة فی ذلك واضحة اذ انبياء بنى اسرائيل لم يكن كلّهم نبيّا لجميع الناس ورسولا عاما

بل كان بعضهم نبى بلده وبعضهم نبيّ محلته وبعضهم نبى مملكة نظيرهم في ذلك العلماء وانه يجب لكل قوم ان يتبع عالمه كما كان الواجب لبنى اسرائيل ان يتبعوا نبيهّم فى التبليغ ويمكن ان يكون التنزيل فى الشرافة والثواب والاجر وانهم مثلهموهذا أمر واضح لو لاحظت التعليم و التعلمات العرفية لجزمت بذلك مثلا فتلميذ المدرسة الثانية لعلو المدرسة أعلم من معلم المدرسة الابتدائية وهكذا فالفقهاء وان كانوا فقهاءوتلامذةالمدرسة المحمدية مثل معلم الامة السابقة من الانبياء لعلو هذه المدرسة ، بل بعضهم افضل من بعض هؤلاء الانبياء وبالجملة والتنزيل فى هذه الرواية من هذه الجهة وهذا هوالظاهر .

واما قوله (ص) اللهم ارحم خلفائي ،قيل ومن خلفائك يارسول اللّه ؟ قال :الذين يأتون بعدى ،فان الظاهر من ذلك خليفتهم فى نقل الرواية والحديث كما قال(ص) و يروون حديثى وسنتى لا ان المراد من الخلافة ، الخلافة فى التصرّف فى أموال الناس وانفسهم فهى أيضا خارجة عن المقام

والحاصل :ليست فى شيء من هذه الروايات دلالة على كون الفقيه مستقلا فى التصرف فى أموال الناس وان كان له ذلك فى بعض الموارد ، كالطفل ونحوه ،ولكنه انما ثبت له بادلة اخرى كما لا يخفى فافهم ،وانهليسوا ممن يجب اطاعتهم فى أوامرهم الشخصية .

وأما ماذكره المصنف من قوله(ع) فى النهج البلاغة أولى الناس بالانبياء اعلمهم بماجائوا ان اولى الناس بابراهيم للذين اتبعوه ، اذ الظاهر من ذلك شموله بالولاية واستقلالهم في التصرّف فى أموال الناس وانفسهم .

فالظاهر كونهااجنبية عن المقام اذ الاولوية لا تقتضى الولاية و ثبوت للمتبوع باجمعه للتابع.

وكذلك لا دلالة فی قوله عجل اللّه تعالی فرجه هم حجتی عليكم وانا حجة اللّه. اذ الظاهر من الحجّية هی الحجيّة فی الاحكام. واما الولاية فی التصرف فلا معنی للحجية فی ذلك. فلا ملازمة بين الحجية و الولاية بوجه.

وأما المقبولة قال فسألت اباعبداللّه(ع) عن رجلين من أصحابنا تنازعا فی دين أو ميراث. فتحاكما الی السلطان او الی القاضی أيحل ذلك الی أن قال قد جعلته عليكم حاكما وفی ذيله ينظر من كان منكم قد روی حديثنا ونظر فی حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا فيرضوا به حكما فانی قد جعلته عليكم حاكما ، الخ.

وقد استدل بها شيخنا الاستاذ علی المدعی وكون الفقيه وليّا فی الامور العامة بدعوی ان الظاهر من الحكومة هی الولاية العامه. فان الحاكم هو الذی يحكم بين الناس بالسيف والسوط وليس ذلك شأن القاضی وقد كان ذلك متعارف فی الزمان السابق وان كان قد اتفق الاتحاد فی بعض الازمنة بل الظاهر من صدرها هو كون القاضی مقابلا للسلطان وقد قرر الامام(ع) ذلك.

وفيه ان ما كان متعارفا فی الازمنة السابقة. بل فيما يقرب الی زماننا هو تغاير الوالی والقاضی وان القاضی من كان يصدر منه الحكم والوالی هو المجری لذلك الحكم. واما القاضی والحاكم فهما متحدان ومن هنا قال(ع) فی بعض الروايات جعلته عليكم قاضيا. ويدل علی اتحادهما بما فی ذيل الرواية من قوله(ع) فانی قد جعلته حاكما. اذ لوكان القاضی غير الحاكم لم يقل انی قد جعلته حاكما. مع كون المذكور فی صدر الرواية لفظ القاضی. و العجب منه(ره) حيث ايدّ مدعاّه بكون القاضی مقابلا للسلطان فی صدر

الرواية مع انه ليس كك ،اذ المذكور فى الصدر انه تحاكماالى السلطان أو القاضي ومن البديهى ان السلطان غير القاضي والحاكم وان المرافعات قد ترفع الى القاضي وقد ترفع الى السلطان .ولاجل ذلك ذكر فى صدر الرواية السلطان والقاضي ٠

فتحصّل من جميع ماذكرناه انه ليس للفقيه ولاية على أموال الناس و انفسهم على الوجه الاول ، بمعنى استقلاله فى التصرف فيهما .و من هنا اتضح انه ليس له اجبار الناس على جباية الخمس والزكاه وسائر الحقوق الواجبة كما هوواضح ٠

واما ولايته على الوجه الثانى بمعنى اعتبار نظره فى جواز التصرفات فيماكان منوطا باذن الامام(ع) وان تصرّفات الغير بدون اذنه غيرجائز ٠

وقد استدل المصنف على ذلك وولايته على هذا الوجه بالروايات المتقدمة وقدعرفت جوابهاوماا ريد منها ٠

واستدل عليه أيضا بالتوقيع المروى فى اكمال الدين واحتجاج الطبرسى الوارد فى جواب مسائل اسحاق بن يعقوب التى ذكر انى سألت العمرى أن يوصل لى الى الصاحب (عج) كتابا يذكر فيه تلك المسائل التى قد اشكلت علّى فورد الجواب بخطه عليه آلاف التحية والسلام فى اجوبتها وفيها :واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتى عليكم وانا حجة اللّه .وهذه الرواية وان كان مسبوقا وملحوقا بجملات لم تذكر ، و لكن ظاهرها عدم ارتباطها بسابقها ولاحقها بوجه وكيف استدل المصنف بذلك على ولاية الفقيه على الوجه الثانى بقرائن فيها تدّل على ذلك وبعد ارادة خصوص المسائل الشرعية فيها ان الرواية دالة على ارجاع نفس الحادثه اليه(ع) ليباشر امرها مباشرة او استنابة لا الرجوع فى حكمها اليه ٠

وفيه انه لوكان المراد بالرواية هو ذلك لقال(ع) فارجعوها الى روات حديثنا ولم يقل فارجعوا فيها ومن الظاهر ان الظاهر من الموجود فى الرواية اعنى هو الثانى ، ليس الاّ الرجوع اليهم فى الحكم ، فان المناسب للرجوع اليه فى الشيء ليس الاّ الرجوع اليه فى حكمه بل هذا هو المناسب للرجوع الى الرواة فانهم لا يدرون الاّ حكم الواقعه واما اعتبار اذنهم فى التصرّف فلا .

ومنها التعليل بكونهم حجتّى عليكم واناحجة الله ، فانه انما يناسب الامور التى يكون المرجع فيها هو الرأى والنظر فكان هذا منصب ولاة الامام من قبل نفسه لا انه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبه الامام عليه السلام والاّ كان المناسب ان يقول انهم حجج الله عليكم كما وصفهم فى مقام آخر بأنهم امناء الله على الحلال والحرام .

وبالجملة لوكان المراد من ذلك هو ما يكون راجعا الى الحكم لقال(ع) انهم حجج الله لكون الحكم له ولكن لم يكنى كك ، بل النصب فى جهة ترجع الى نفس الامام فهى الولاية .

وفيه ماعرفت سابقا من ان الحجية تناسب تبليغ الاحكام الشرعية كما فى قوله تعالى ((فللّه الحجة البالغة)) واما الولاية فلاملازمة بينهما و بين الحجية وعدم نسبة حجيتهم الى الله من جهة ان الائمة واسطة فى ذلك لعدم وصول الحكم من الله الى العباد بلاواسطة وان ما يفعلون انما يفعلونه بحكم الله تعالى فيكون ما يكون حجّة من قبلهم حجه من قبل الله فلا يكون فى هذه ايضا قرينية على المدعى .

ومنها ان وجوب الرجوع فى المسائل الشرعية الى العلماء الذى هو من بديهيات الاسلام من السلف الى الخلف مما لم يكن يخفى على أحد فضلا

على مثل اسحاق بن يعقوب حتى يكتبه فى عداد مسائل اشكلت عليه بخلاف وجوب الرجوع فى المصالح العامة الى رأى أحد ونظره ، فانه يحتمل أن يكون الامام قد وكّله فى غيبته الى شخص أواشخاص من ثقاته فى ذلك الزمان والحاصل ان لفظ الحوادث ليس مختصا بما اشتبه حكمه ولا بالمنازعات .

وفيه ان الظاهر من الحوادث هى الفروع المتجدده التى ارجع الامام فيها الى رواة كما يقتضى ذلك الارجاع الى الرواة فانّ بعض الفروع قد تكون متجددة ومستحدثة صرفة فهى من المهام المسائل التى لا بدّ وان يسئل من الامام فقد سئل الراوى عن ذلك ومثل هذه الفروع ليس من شؤنها جهة نقص من كل شخص ، ولذا سئل اسحاق بن يعقوب وان كان من اجلا العلماء بواسطة محمد بن عثمان العمرى الذى هو من السفراء الامام عن الحوادثة التى هى متجددة ، فأجاب بارجاعه الى السفراء والعلماء .

وبالجملة ان الحوادثة المتجددة والفروع المستحدثه مما يشكل الامر فيها ، فلا بداهة فى لزوم السؤال عنها عن الامام عليه السلام ليكون السؤال عنه لغوا كما هو واضح ، فافهم .

وبعبارة أخرى انه ليس كل مسألة فرعية تقضى البداهه لزوم الرجوع فيها الى الامام فى زمانه والى الفقهاء فى زمان الغيبة ، بل منها الفروعات المستحدثة التى يشك فى ان المرجع فيها من هو ، فلذا يسأل الراوى عن حكم ذلك فى زمان غيبة الكبرى ، اذ فى زمان غيبة الصغرى يسئل عن نفس الامام بواسطة السفراء واما فى زمان غيبة الكبرى فلا ، ولذا ارجع الامام فى ذلك الزمان الى الفقهاء بالنيابة العامة وانهم وان لم تصل اليهم فى رواية ولكن يصلون الى حكمها ولو من الاصول وذلك ككثير من الفروع المتجدد ة فى زماننا منها مسألة اللقاح بواسطة التلقيح وان الولد بمن يلحق وممن يرث

وقد استدل على ذلك بان السلطان ولى ما لا ولى له ،و فيه ان هذا لم يثبت من طرقنا كونه رواية او قاعدة مسلمة كبعض القواعد الفقهية ،و اما من طرق العامة فعلى تقدير ثبوته فلم ينجبر ضعفها بعمل المشهور وعلى تقدير الانجبار فلادلالة فيه على المقصود اذ المراد بذلك ان السلطان أولى بالتصرف من غيره ،وانه ولى من لا ولى له فى التصرف فى ماله و نفسه وهذا غير مربوط بولاية الفقيه ،بوجه اذن فلادلالة فى شئ من الروايات على ولاية الفقيه بوجه من الوجهين من معنى الولاية ٠

وربما يستدل على ثبوت الولاية للفقيه بوجهين بتقريبين اخرين الاول ان الولاية فى الامور العامة بحسب الكبرى ثابتة عند العامة بالسيره القطعية وان اشتبهوا فى صغرى ذلك وتطبيقها على غير صغرياتها الآان ذلك لا يضرّ بقطعيّة الكبرى الثابتة بالسيرة ٠

واما الصغرى فهى ثابتة بالعلم الوجدانى اذ بعد ثبوت الكبرى ، فالامر يدور بين تصدى غير الفقيه على التصرف فى الامور العامةوبين تصدى الفقيه بذلك فيكون مقدما على غيره ٠

وبالجملة نثبت الكبرى بالسيرة القطعية والصغرى بالعلم الوجدانى ٠

وفيه ان اشتباههم فى الصغرى وان كان مسلما ولكن نحتمل ان يكون ذلك فى الكبرى ايضا كسائر مبتدعاتهم فى الدين فلم تقم سيرة قطعية متصلة الى زمان النبى (ص) على ذلك ، بل يكفى مجرد الشك فى ذلك فانه لابدّ من دليل قطعى يدل على جواز التصرف فى أموال الناس واعراضهم وانفسهم ٠

والتقريب الثانى ما عن بعض المعاصرين ان يقال ان ما هومسلم عند العامة من القول بالولاية العامة مذكور بحسب الكبرى فى التوقيع الشريف

فان المذكور فيه انه تحاكما الى السلطان او القاضي فهو بصراحته يدل على ذلك فنحكم بثبوت تلك الكبرى للفقيه الجامع للشرائط في زمان الغيبه ، اذ لا نحتمل ان يكون غيره وليّا في ذلك في عرضه ، بل لو كان فهو ولي لذلك .

وفيه انه لا يمكن المساعدة الى ماذهب اليه هذا المعاصر فانه وان ذكر السلطان والقاضي في الرواية وذكر الامام عليه السلام بان من عرف حلالنا وحرامنا انّي جعلته قاضيا في رواية ابي خديجة وجعلته حاكما في المقبولة ، ولكني الذي ارجع الامام اليه ليس الاّ في المرافعة والمنازعة كما قال في الصدر تنازعا في دين او ميراث الى السلطان او القاضي واما ازيد من ذلك فلا اذن فالمسلّم من الرواية هو ثبوت الولاية له في المنازعات و المرافعات ومنصب القضاوة وثبت له منصب التقليد وكونه مرجعا في الاحكام بالادلة الخارجية واما في غير هذين الموردين فلا .

هذا كله بحسب الروايات .

وامّا بحسب الاصل : فقد تقدم سابقا ان بعض الامور لا يجوز لغير الفقيه ان يتصدى اليه ويتصرّف فيه الاّ باذنه ولعل من هذا القبيل باب الحدود و التعزيرات اذ لا يجوز لاحد ان يظلم أحدا الاّ فيما ثبت جوازه بدليل فلا شبهة في كون الحدود من أعظم مصاديق الظلم لولا تجويز الشارع ، نعم لو كان في باب الحدود والتعزيرات وكذلك في باب الاموال وامثال ذلك مما فيه حق للغير اطلاق مادّل على جواز امثال ذلك من كل أحد فنتمسك به فنحكم بجواز تصدى غير الفقيه ايضا بذلك ولكن ليس الامر كذلك .

نعم يمكن دعوى الاطلاق في مثل الزنا لقوله تعالى ((الزاني والزانية فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة)) ولكنه قيد بالروايات .

وبالجملة في امثال الموارد لا يجوز لغير الامام ونائبه ان يتصدى

بالتصرف الاّ باذنه اذقد ثبت بالادلة القاطعة عدم جواز التصرف فى اموال الناس وانفسهم واعراضهم بلااذن ورضاية من المالك للتصرف ·

واذا شككنا فى اعتبار اذن الامام عليه او الفقيه فى صحة شىء لا فى وجوبه كصلاة الميت اذ هو واجب لكل مكلّف فلا نشك ان يكون اذن الفقيه من شرائط الوجوب فندفع ذلك بالاطلاق ان كان هنا اطلاق وباصالة البرائة لو لم يكن فى البين اطلاق فتثبت نتيجة الاطلاق ·

وان كان وجوب شىء كصلاة الجمعة مثلا مشروطا باذن الفقيه كما ذهب بعض الى ذلك وان صلاة الجمعة لا تكون واجبة عينية الاّ باذن الفقيه و شككنا فى ذلك فمع عدم الدليل ندفع وجوب ذلك بالاصل ، بل لا يجب الاستيذان ايضا لان تحصيل شرط الواجب ليس من الواجبات وانما الواجب هو اتيان الواجب بعد تحقق موضوعه وشرائطه باجمعها ·

وان كان الشك فى جواز التصرف بدون اذن الفقيه من غير أن يكون هنا احتمال الوجوب كالتصرف فى الاوقاف العامة فلايجوز التصرف فيه ولا يشرع الا باذن الفقيه اذ من المسلم الضرورى أنه لا يجوز التصرف فى مال الغير بدون اذنه ففى مثل الاوقاف دار الامر بين جواز التصرف مطلقا وبدون اذن احد فى ذلك ·

وبين جوازه باذن الفقيه فلاشبهة أن المتيقن هو صورة الاذن من الفقيه فيكفى فى عدم جواز غير هذه الصورة مجرد الشك فى الجواز اذ المورد مورد التصرف فى الاموال ومن هذا القبيل اشتراط اذن الفقيه فى صرف مال الامام عليه السلام فى موارده اذ من الضرورى بطلان احتمال دفن ذلك مع وجود المستحقين والموارد المحتاجة اليه خصوصا فى مثل القراطيس وكك القائه فى البحر فان ذلك ليس الاّ مثل الاحراق والاتلاف وكك الايصاء الى ان

يصل الى الامام عليه السلام فانه بعد تبدل يد اويد ين يكون تالفا مثل الالقاء فى البحر اذ ن فنقطع برضاء الامام عليه السلام فى صرفه فى مصالح الدين فاهمّها فى تحصيل العلوم ·

وعليه فيدور الامر بين ان يتصرّف فى ذلك المال كل احد بدون رضاية الفقيه وبين ان يتصرف باذ ن الفقيه فالمتيقن هو جواز التصرف باذ ن الفقيه اذ ن فالنتيجة ثبوت ولاية الفقيه على مال الامام(ع) على الوجه الثانى ،أى بمعنى اشراط التصرف باذ نه ·

وان اجتمع الامران بأن كان وجوب شيء وجواز التصرف فيه مشروطا باذ ن الفقيه كالامور الحسبية من التصرف فى اموال القاصرين و المجانين ومجهول المالك واموال الصغار وغير ذلك فهنا ايضا بالنسبه الى الوجوب نجرى الاصالة البرائية ،بل ليس تحصيل الاذ ن ايضا من الواجبات لعدم وجوب تحصيل شرط الوجوب وبالنسبة الى جواز التصرف نحكم بعدم جوازه بدون اذ ن الفقيه لأن المقدار المتيقن هو التصرف باذ ن الفقيه كما عرفت فى مثل الاوقاف ·

فتّحصل انه ليس للفقيه ولاية بكلا الوجهين على اموال الناس وانفسهم فليس له ان يزوّج بنتا صغيرة لابن صغير او كبير ولا تزويج ابن صغير و لا يجوز له بيع داره وهكذا وهكذا الاّ ان يكون الصغير بدون ذلك فى معرض التلف فيدخل تحت الامور الحسبية ·

نعم ،له الولاية فى بعض الموارد لكن لا بدليل لفظى ،بل بمقتضى الاصل العملى كماعرفت ·

ثم ان ثمرة ثبوت الولاية بالاصل او بالدليل هو انه اذا كان شيء واجبا وشكّ فى كون صحته مشروطا باذ ن الفقيه فبناء على ثبوت ولايته

بالدليل لا يجوز لغيره ان يمتثل بدون اذنه لعموم الدليل عليه لكونه مثلا من الحوادث الواقعة فلابدّ فيه وأن يرجع الى الفقيه او يتصدى به باذنه وذلك كصلاة الميت اذا شك فى اعتبار اذن الفقيه فيه ٠

وان كان ثابتا بمقتضى الاصل فلابدّ ان ينفى احتمال اعتبار اذنه باصل البراءة ٠

وأما فى الامور الاخر التى نشك فى أصل وجوبها بدون اذن الفقيه أو فى مشروعيتها أو فى كليهما كما تقدم فلايفرق الحال فيها بين ماكان ولاية الفقيه ثابتة بدليل أو بأصل ، بل فى كلا الفرعين لا يجوز التصرف فى الاوقاف وسهم الامام عليه السلام وأموال الصغار حسبة الاّ باذن الفقيه سواء كان ولاية الفقيه ثابتة بالاصل أو بالدليل ٠

فى ولاية عدول المؤمنين

قوله : مسئلة : فى ولاية العدول المؤمنين ٠

أقول : اذا قلنا بولاية الفقيه وامكنت الاجازة منه فى الموارد التى لا يجوز لغيره التصرف فيها الاّ باذنه او لم يمكن الاستيذان منه لعدم الوصول اليه وان كان موجودا فحال غير الفقيه هنا حال الفقيه مع الامام فى صورتى الاستيذان وعدمه أما فى فرض امكان تحصيل الاذن منه فلا كلام فيه فلابد من تحصيله منه وأما فى فرض عدم امكان الوصول اليه فيقع الكلام هنا فى جهتين : الاولى : فى جواز ولاية غير الفقيه من العدل وغيره أو اختصاصها بالعدل الامامى وبيان وظيفته فى نفسه ، الثانى : فى بيان وظيفه من عامل مع هذا الولى فهل يكون مالكا لما اشتراه أم لا ؟

أما الكلام فى الجهة الاولى : فمقتضى الاصل بالنسبة الى الامور التى

واجبة مطلقة ولكن يشك فى اعتبار اذن الفقيه فى صحته كصلاة الميت، فلا اشكال فى صحته من أحد ولو من الفساق من المؤمنين ولا يجب تحصيل الاذن من عدول المؤمنين ولو فى فرض التمكن من التحصيل .

واما فى الامور التى يشك فى أصل وجوبها الا باذن الفقيه كالتكاليف التى نحتمل ان يكون أصل وجوبها مشروطا به أو مطلقا فتجرى فيها البرائة فيحكم بعدم الوجوب .

وأما فيما كان الشك فى أصل المشروعية فلا يجوز لاحد أن يتصرف فى ذلك لا وضعا ولا تكليفا الآ باذن عدول المؤمنين، مثلا لو مات أحد وترك اموالا واولادا صغارا فأحتاج الى بيع تلك الاموال من اثمار ونحوها مما تتلف ليومه أو فى يومين فجواز هذا التصرف بالوضع مع امكان الفقيه يحتاج الى اذنه فبدونه يتصرف فيه عدول المؤمنين او غيرهم باذن منهم ، و اما بدون اذنهم فلا يجوز وكك التصرف التكليفى كحفظ دراهمه وأمواله المحتاجة الى الحفظ من دون احتياج الى التصرف الوضعى أوكان محتاجا بكلا التصرفين ، بان يبيع ويحفظ لثمنه ففى جميع ذلك لا يجوز لغير العدول أن يتصد بذلك بدون اذن منهم .

والوجه فى ذلك هو ماتقدم فى ولاية الفقيه من أنه ثبت بالادلة القاطعة عدم جواز التصرّف فى مال الغير الآ باذنه مع احتياج ذلك المال الى التصرف فدار الامر بين الاعم والاخص بان يتصرف فيه كل شخص أعم من الفاسق والعادل أو خصوص العادل وغيره باذنه فالمتيقن هوالثانى فيكفى مجرّد الشك فى عدم جواز تصرّف غيره وضعا وتكليفا لاطباق الادلة على عدم جواز فالخارج منها قطعا هى صورة الاذن من العدول اوتصديهم بنفسهم

على التصرف ومن هذا القبيل الاوقاف العامة وسهم الامام عليه السلام من الخمس على التقريب الذى تقدم ٠

وقد مثل المصنف بماكان اصل مشروعيته مشكوكا ببعض مراتب النهى عن المنكر كمااذا وصل الى حد الجرح فانه لا يجوز ذلك بمقتضى الاصل ، لكونه ظلما وايلاما فهو غير جائز بالادلة الخاصة فلا اطلاق لادلة النهى عن المنكر حتى يتمسك بها لاثبات مشروعية ذلك الآاذا كان منجر الى حد يخاف من اضمحلال الاسلام فهو كلام آخر ،والتمسك فى ذلك بان كل معروف صدقة واضع الفساد اذ الكبرى وان كانت مسلّمة وانما الكلام فى الصغرى واثبات ان هذه المرتبة من النهى عن المنكر من المعروف الصدقة و ليس كك ٠

وهكذا الكلام اذا كان الشك فى أصل المطلوبية والمشروعية الّا باذن الفقيه او بالاطلاق فبالنسبة الى المطلوبية تجرى البرائة وبالنسبة الى المشروعية تجرى اصالة عدم المشروعية ٠

وبالجملة فحال غير الفقيه من عدول المؤمنين مع تعذر الوصول اليه حال الفقيه مع تعذر الوصول الى الامام عليه السلام بلا زيادة ونقيصة ،كما أن هذه النسبة محفوظة بالنسبة الى مادون العدول مع تعذرهم بحفظ الاحتياط بأخذ المتيقن من كل مرتبة ،فافهم ٠

وحاصل الكلام :اذا قلنا بثبوت الولاية للفقيه وامكن الوصول اليهفلابد من الاذن منه ٠

وان تعذر الوصول اليه وكان موجودا فى بلاد لا يمكن الاستيذان منه ولو بالمكاتبة فحفهل يجوز لكل احد أن يتصرّف فيما تصرف فيه الفقيه ، ولو كان عاما فاسقا أوتصل النوبة الى عدول المؤمنين الظاهر انه لا يجوز لأحد

أن يتصرّف فيما تصرف فيه الفقيه بعد تعذر الوصول اليه الآباذن من عدول المؤمنين لا وضعا ولا تكليفا اذ قد يكون الاحتياج الى التصرف الوضعى كما اذا مات احد وترك ثمارا له فانه لو لم يبع لكان فاسدا فحفظا لمال الصغير لا بدّ من بيعها ٠

وأخرى يكون الاحتياج الى التصرّف التكليفى كحفظ دراهم الغير و أخرى الى كلا الامرين ٠

ثم قد يكون شيء مفروض المطلوبية للشارع غير مضاف الى أحد واعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط له بفرض التعذر وكونه شرطا مطلقا له لا شرطا اختياريا مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط فيكون اذن الفقيه ساقطا بلاشبهة اذ نشك فى اعتباره مطلقا أو فى حال الاختيار فنتمسك باطلاق الواجب فندفع اعتبار الشرط وهذا كصلاة الميت ، بل فى مثل ذلك لا يجب الاستيذان من عدول المؤمنين ولو مع التمكن فيصديه كل من تصدى به ولو كان فاسقا اماميا ٠

و أخرى يكون الامر مرددا بين أن يكون واجبا باذن الفقيه أو واجبا مطلقا ،ففى هنا نجرى البرائة عن أصل الوجوب ٠

وقد يكون الشك فى أصل مشروعية شيء بدون اذن الفقيه كبعض مراتب النهى عن المنكر على مثله فى المتن فان كان هنا اطلاق لادلّة النهى عن المنكر يكون متبعا ويدفع به احتمال دخالة اذن الفقيه فيه وان لم يكن فيه اطلاق فمقتضى الاصل عدم الجواز لكونه تصرفا فى نفس الغير وظلماً وايلاماً له فهو لا يجوز ٠

وان كان الاحتياج الى التصرف مما لا بدّ منه مع كون الشك فى أصل مشروعية التصرف بدون اذن الفقيه كالتصرف فى الاوقاف العامة و سهم

الامام عليه السلام على النحو الذى تقدم وتعذر الوصول الى الفقيه ، فح يدور الامر بين التصرف المطلق وبين التصرّف مع الاذن من العدول المؤمنين فحيث ان التصرف مالى فلايجوز بغير اذن اهله فالمتيقن من ذلك هو التصرّف باذن العدول وان كان الشك فى أصل المشروعية مع احتمال كونه واجبا تكليفا باذن الفقيه أو مطلقا كالتصرّف فى أموال الصغار حسبة فبالنسبة الى الوجوب تجرى البراءة وبالنسبة الى أصل التصرّف الوضعى يستأذن من العدول لكونه هو المتيقن وهكذا فى التصرّف التكليفى كحفظ ماله مثلا ٠

وبالجملة مكان عدول المؤمنين مع تعذر الوصول اليه مكان الفقيه مع تعذر الوصول الى الامام (ع) بمقتضى الاصل ومفاد يختلف كما عرفت بحسب الموارد ٠

هذا كله ما تقتضيه الاصل ولكن قد ادعى ثبوت الولاية لعدول المؤمنين مع تعذر الوصول الى الفقيه بمقتضى الروايات فلابدّ من قراءة الروايات حتى يلاحظ دلالتها على ذلك ٠

منها صحيحة محمد بن اسماعيل رجل مات من اصحابنا بغير وصيّة ، فرفع أمره الى قاضى الكوفة فصير عبد الحميد القيم بماله ،وكان رجل خلّف ورثة صغارا ومتاعا وجوارى فباع عبد الحميد المتاع،فلمّا اراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهنّ اذ لم يكن الميت صيّر اليه وصيّة وكان قيامه بهذا بأمر القاضى لانهنّ فروج ،قال فذكرت ذلك لابى جعفر عليه السلام و قلت له يموت الرجل من اصحابنا ولا يوصى الى أحد و يخلف الجوارى فيقيم القاضى رجلا منّا لبيعهن ،أو قال يقوم بذلك رجل فضعف قلبه لانهن فروج فما ترى فى ذلك ،قال :اذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد فلابأس الخبر ٠

ومحل الكلام هنا جهة المماثلة وانها فى أىّ شىء فجعل المصنف

مورد الاحتمال فيها اربعة اما المماثلة فى التشيّع او فى الوثاقة فى ملاحظة مصلحة اليتيم وان لم يكن شيعيا او فى الفقاهة بأن يكون من نواب الامام عليه السلام عموما فى القضاء بين المسلمين أو فى العدالة ٠

وابعد المصنف الاحتمال الثالث وتبعه شيخنا الاستاد بدعوى انه لو كان المراد بها المماثلة فى الفقاهة لكان مفهوم الشرط انه لو لم يكن القيم فقيها ففيه الباس وهذا ينافى كون التصرف فى مال اليتيم والقيام بأمر من الامور التى لا تسقط بتعذر اذن الفقيه فيدور الامر بين الاحتمالين الاخيرين والنسبة بين الوثاقة والعدالة وان كان عموما من وجه الا انه لا شبهة ان العدل ايضا لا بدّ من ان يتصرف فيما هو مصلحة اليتيم ،فالعدالة فى هذا الباب هى الاخص من الوثاقة وفى الدوران بين الخاص والعام الخاص هو المتيقن واذن فلابدّ وان يكون المتصدى عادلا والمماثلة تحمل على هذا ٠

ويرد عليه ان الاطلاق يكون متبعا اذا شك فى تعين المراد ، فيكون بمقتضى ظهور الكلام متعينا واما اذا كان المراد معلوما بالعلم الخارجى فكان الشك في كيفية المراد فلا يمكن اثبات ذلك باصالة عدم التقييد، كما فى المقام٠

وبعبارة اخرى قد حققنا فى المفاهيم وفى غيرها ان اطلاق المفهوم كسائر الاطلاقات من الحجج الشرعية ومتبع بالنسبة الى تعين المراد من المتكلم فالعلم بعدم ارادة الاطلاق من الخارج لا يضرّ بالاطلاق ولا يوجب عدم وجوده ففى المقام وان كان ثبوت الولاية لغير الفقيه عند تعذر الوصول اليه مسلما ولكنه بالعلم الخارجى فهو لا يضرّ بثبوت المفهوم على الاطلاق و انه اذا لم يكن فقيه لا يجوز القيام بأمر الصغير كما هو واضح ٠

على انه ينتقض بجعل المماثلة فی العدالة ايضا اذ لا شبهةفی ثبوت الولاية لغير العادل عند تعذر العدول وتعذر تحصيل الاذن منه ، فالاشكال المذكور من هذا الجهة مشترك ·

والانصاف أن كل من المحملات قابل الارادة اذن فتكون الرواية مجملة فالمتيقن من المماثلة هو اجتماع جميع الجهات فی الولی للصغير فلا تكون الرواية شاهدة لما نحن فيه ،فافهم ·

وحاصل الكلام :انه استدل على ولاية عدول المؤمنين مع الوصول الى الفقيه بروايات ·

منها :صحيحة محمد بن اسماعيل المذكورة وقدعرفت ان المحتملات فيها اربعة المماثلة فی التشيع والمماثلة فی الفقاهة والمماثلة فی العدالة والمماثلة فی الوثاقة ،وقدعرفت ان الشيخ وشيخنا الاستاذ قداشكلافی ارادة الفقاهة من المماثلة للعلم بولاية عدول المؤمنين مع تعذر الوصول الی الفقيه مع ان مفهوم ذلك ينفی وصول النوبة اليهم لكونه انه اذا لم يكن القيم فقيها فلايجوز ،فاطلاقه ينفی جواز ولاية عدول المؤمنين امكن الوصول الی الفقيه أو لم يمكن فاعتبر العدالة فيه في صورة التعذر اذ لم يكن القاضی المذكور فی الرواية فقيها ولا عادلا ولا شيعيا حتى يتوهم انه لم يكن الوصول الى الفقيه متعذرا ·

فنقول : اما احتمال التماثل فی التشيّع فبعيد جدا اذ الظاهر من الرواية ان الشيعية مفروض الوجود ومفروغ عنه ،وانما السؤال من جهة أخری وان نصب القاضی يجّوز جواز التصرّف للقيم أم لا ؟ مع عدم كون القاضی شيعيا ولا فقيها فی مذهبنا ولا عدلا ،بل ولا ثقة على الظاهر ولو مع الشك ·

وذلك لان فرض السائل كون الرجل من اصحابنا وجعل القاضی العبد

الحميد فيما مع جريان العادة بجعل القيم من الاصدقاء ومن المقربين المطلعين على خصوصيات احوال الميت يساعد كونه شيعيّا ٠

وأما ما اورد المصنف والاستاذ بارادة المماثلة في الفقاهة ، ففيه اولا النقض بارادة المماثلة في العدالة اذ المحذور المذكور وارد على هذا ايضا للعلم بوصول النوبة الى المؤمنين الفاسقين مع تعذر العدل منهم العياذ بالله مع انّ المفهوم ينتفي جواز توليتهم على ذلك ٠

وثانيا : انه قد حقق في المفاهيم وغيرها ان اصالة عدم التقيد وظهور الاطلاق انما يتبع فيما اذا كان الشك في أصل المراد فمقتضى ظهور الكلام واطلاقه نستكشف مراد المتكلم وينتج به له وعليه وهذا بخلاف ما لو علم المراد من الخارج وكان الشك في كيفية المراد فح لا يمكن التمسك باصالة عدم التقييد

ففي المقام قد علم المراد من الخارج بانه مع تعذر الفقيه تصل النوبة الى العدول من المؤمنين في الولاية على الصغار ، وكان الشك في كيفية ذلك المراد من المفهوم فلا يجوز ، ح التمسك باصالة عدم التقييد لاطلاق مفهوم في بيان كيفية المراد حتى يتوهم ان اطلاق المفهوم ينفي وصول النوبة الى المؤمنين العادلين فليس المورد موردا للتمسك باصالة عدم التقييد اصلا ، كما هو واضح ، اذن فلا مجال لاشكال المصنف اذ هو مفروض التمسك باصالة عدم التقييد وقد عرفت عدم وصول النوبة اليها ٠

والتحقيق ان الظاهر ارادة المماثلة من الرواية من جميع الجهات حتى في العربية والكوفية ولكن نرفع اليد عن ذلك في الامور التي نقطع بعدم مدخليتها في الحكم بنحو كالعربية والكوفية ونحوهما ويبقى الباقي تحت الاطلاق ، بل كلما نشك في خروجه ودخوله من جهه مدخليته وعدمه

وانما الخارج مانعلم بعدم دخالته فى الحكم ،اذن فلاوجهلاعتبارالعدالة فقط من جهة اخذ القدر المتيقن .

وعليه فلابدّ من اعتبار الفقاهة والوثاقة والعدالة وجميع الخصوصيات للمحسنة التى نحتمل دخالتها فى الحكم فى الولاية المجعوله فى الرواية فافهم .

نعم ، ربما يقال ان عبد الحميد هذا محتمل بين اثنين أحدهما ثقةلم تثبت فقاهته ، وهو ابن سالم ، والآخر فقيه ولم يثبت وثاقته وهو ابن سعيد ، فح تكون الرواية مجملة من حيث اعتبار الفقاهة ولكن الظاهر ان المراد منه هو عبد الحميد ابن سالم كما صرح به فى الرواية حيث قال وجعلعبد الحميد بن سالم القيم بماله كما فى التهذيب فى باب الزيادة من الوصيةوأن توثيقه ام ينحصر بهذه الرواية ، بل ظاهر عبارة النجاشى فى ابنه محمد بن عبد الحميد بن سالم هوذلك مع اثبات كتاب له فيكون فقيها فلاحظ ، بل يكفى فى اعتبار المماثلة مجرّد الاحتمال فى كونه فقيها فانهم على انه لا يمكن الاستدلال بها بما نحن فيه لتوهم ورودها فى خصوص عدول المؤمنين اذ محل كلامنا فى ولاية عدول المؤمنين واعتبار العدالة فيهم بعد تعذر الوصول الى الفقيه ، ولكن مقتضى الرواية بحسب الاطلاق ساكت عن صورة التعذر بالوصول اليه عن صورة الوصول بالامام عليه السلام لامكانه ايضالهم وان كان بعد ايام فان الظاهر ان بيع جميع مال الصغار لم يكنضروريا حتى لا يمكن الرجوع اليه(ع) كما ترك بيع الجوارى حتى سئل عن الامام(ع) .

نعم ، باطلاقها تدل على اعتبار العدالة فى صورة التعذر ايضا ، بل بالاولوية ولكن هذا غير ورودها فى خصوص صورة التعذر واعتبار العدالة فى المؤمنين اذا كانوا وليّا ، بل مع قطع نظر عن الشبهة المذكورة فلابد من

اعتبار الفقاهة ايضا بمقتضى المماثلة كما عرفت، وبالجملة لا نفهم من الرواية مايوجب اعتبار العدالة فى الولى بعد تعذر الوصول الى الفقيه .

ومنها موثقة سماعة فى رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيّة وله خدم ومماليك كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك، قال: ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كلّه فلا باس، واستفاد المصنف من ذلك اعتبار الوثاقه فيه و ان لم يكن فيه ملكة العدالة وحمل على ذلك رواية محمد بن اسماعيل المتقدمة اذ كان اعتبار العدالة فى الولى المؤمن اعتمادا عليها من جهة الاخذ بالقدر المتيقن فهذه الرواية يبين المراد وكون المناط هى الوثاقة و ان لم يكن عدلا ولا اماميّا .

ولكن الظاهر ان المراد من الثقة بالرواية غير ما فهمه المصنف اذا المعنى الذى ذكره ناشى من الارتكاز بماذكره أهل الرجال من معنى الوثاقة والاّ فالوثاقة فى الروايات ليس هى العدالة، بل اخص منها اذ ربما يكون العادل غير ثقة فى فعله لعدم التفاته بمزيا التصرف لبله ونحوه، وقد ورد فى بعض الروايات الدالة على اعتبار العدالة فى امام الجماعه بأنه اذا كان ثقة ترضون دينه وفى بعض الروايات ان فلانا ثقة فى دينه ودنياه، و هذه الرواية ايضا ساكتة عن صورة التعذر من الفقيه بل من الإمام ايضا و منها صحيحة اسماعيل بن سعد فانها تدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة حيث قال عليه السلام اذا رضى الورثة بالبيع وقام عدل فى ذلك فهى أيضا اعم من صورة التعذر من الوصول الى الفقيه، بل الى الامام، و عدمه فيعتبر نفس العدالة فى ذلك .

والظاهر ان الذى يستفاد من الروايات هو جواز ولايه عدول المؤمنين فى خصوص مال اليتيم توسعة ولو مع التمكن الاذن من الامام أو الفقيه ،

اذ العادة جارية بعدم التمكن فی جميع النقاط حتی القری، واما فی غير التصرّف فی مال اليتيم بالبيع فلا حتی الشری لهم ولو كان مصلحه و هذه المدعی فی غاية الوضوح خصوصا علی الشبهة المذكورة فی عدم اعتبار الفقاهة من جهة المماثلة فلا دلالة فيها علی اعتبار العدالة فی الولی عند التعذر من الفقيه الذی هو محل الكلام الّا علی الاطلاق.

قوله: ثم انه حيث ثبت جواز تصرّف المؤمنين، فالظاهر انه علی وجه التكليف الوجوبی او الندبی لا علی وجه النيابة من حاكم الشرع.

أقول: ربما يقال ان من ثبت الولاية له فی زمان الغيبة علی غيرهم كالوكلاء المتعددين فی آن بناء واحد عن تصرّف مغاير لما بنی عليه الاول فاجاب عنه المصنف بان الوكلاء اذا فرضوا وكلاء فی نفس التصرف لا فی مقدماته فما لم يتحقق التصرف من أحدهم كان الاخر مأذونا فی تصرف مغاير وان بنی عليه الاول ودخل فيه. اما اذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون الزامهم كالزامه ودخولهم فی الامر كدخوله وفرضنا أيضا عدم دلالة دليل وكالتهم علی الاذن فی مخالفة نفس الموكّل والتّعدّی عمّا بنی هو عليه مباشرة او أستنابة كان حكمه حكم ما نحن فيه.

وفيه ان المقدمات ليست من الامور التی تقبل النيابه والوكاله بل مورد الوكالة هی الامور الاعتبارية كالتزويج والبيع وسائر المعاملات واما المقدمات كسائر الافعال التكوينية مثل الاكل والشرب فغير قابله للوكالة.

والذی ينبغی ان يقال هو ان الظاهر ان ينظر الی دليل الوكالة فان كان فيه اطلاق حتی يشمل صورة وضع الاخر يده علی المال أو أكثر من ذلك فيجوز، بل مع الاطلاق والشمول يجوز للوكيل الثانی ان يتصرف فيه علی خلاف تصرّف نفس الموكل فضلا عن وكليه وان لم يكن لدليل الوكالة اطلاق

فلايجوز للثاني ان يتصرف في غير ماعلم دخوله تحت وكالته وان يضع الاخر يده عليه لقصور ما دل على جوازالتصرف فيهومن‌هنا ظهر حكم الوصايةأيضا.

واما الأب والجد فكل منهما ان يتصرف في مال اليتيم حتى مع تصرف الاخر بان ينقض تصرفه فضلا اذا وضع يده عليه ولم يتصرّف بعد، فكل‌منهما ان يفسخ بيع الاخر الذي باعه خيارياوهكذا وهكذا .

ثم انه فرّق المصنف بين الحكام وعدول المؤمنين في ثبوت الولاية لهم حيث منع من مزاحمة الفقيه الاخرعن الفقيه الذي وضع يده على مال اليتيم وجوّزها في عدول المؤمنين ومحصّل كلامه في وجهما ان الولاية الثابتة لعدول المؤمنين ليست الاّ على وجه الجواز أوالوجوب أوالندب التكليفي ، لا على وجه النيابة من حاكم الشرع فضلا عن كونه على وجه النصب من‌الامام عليه السلام فمجرّد وضع أحدهم يده على مال اليتيم‌لا يمنع الاخرعن‌تصرفاته نظير الأب والجد حيث يجوز لكل منهما ان يتصرّف فيما وضع الاخر يده عليه .

وأما حكام الشرع‌فان استندنا في ولايتهم الى مثل التوقيع المتقدم و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة احاديثنا جازت المزاحمة لكل منهم عن تصرّف الاخر قبل تصرّفه اذ الخطاب فيه مختص بالعوام فلا يجوز لهم مزاحمة الفقيه في تصرفاته ، وأما الفقهاء فكل منهم حجة يجوز أن يتصرّف في مال المولى عليه .

وأمالو استندنا فيها الى عمومات النيابة وتنزيل الفقيه منزلة الامام عليه السلام ، فالظاهرعدم جواز مزاحمة الفقيه الذي وضع يده عليه اذ دخوله عليه كدخول الامام عليه ، فلايجوز مزاحمة الامام فيما يريد الاقدام عليه على انه يلزم من جواز المزاحمة اختلال النظام سيما في مثل هذا الزمان‌الذي

شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممن يدعي الحكومة ·

ويرد على الثاني أولا انه لا دليل على النيابة كما تقدم حتى يقال أن مقتضاه هو تنزيل الفقيه منزلة الامام عليه السلام فلا يجوز مزاحمته وانما الولاية ثبت لهم ولغيرهم من المؤمنين على تقدير فقد انهم بمقتضى الاصل و الاّ فليس هنا دليل لفظي يوخذ بعمومه ·

وثانيا: انه على تقدير وجود الدليل اللفظي فعمومه يقتضي ثبوت الولاية لكل فقيه في عرض ولاية الاخر وكون كل منهم نازلا منزلة الامام (ع) فلا يلزم من تصرف الثاني مزاحمة الامام أو من هو في منزلته ، اذن فيجوز لكل منهم مزاحمة الاخر بل التصرف فيما تصرف فيه الاخر بالفسخ ونحوه اذا كان تصرف الاول بمثل بيع الخياري

واما كونه مستلزما لاختلال النظام من جهة كثرة المدعين لذلك ، ففيه ان المدعي لذلك ان كان على وجه صحيح فلا يلزم فيه اختلال النظام فان احدهم يرى مصلحة فيبيع مال اليتيم والاخر يرى مصلحة فيفسخ فاي اختلال نظام يترتب عليه ، فانه يكون مثل تصرّفات الأب والجد حيث يتصرف احدهما في مال المولى عليه على وجه ويتصرف الاخر على خلافه ، بل ينقضه بان يفسخ بيعه مثلا فهل يتوهم أحد لزوم اختلال النظام من ذلك ·

ويرد على الاول انه لا نفهم معنى لكون ولايتهم على وجه التكليفي الوجوبي او الندبي اذ لا شبهة في نفوذ تصرفهم من البيع والشراء وغيرهما من اقسام التصرفات عند فقد الحكام وليس معنى الولاية الاّ ذلك التي ثبت من قبل الامام والاّ فمجرّد الحكم التكليفي فهو من الامور الحسبية الغير المربوطة بباب الولاية اذن فولاية العدول كولاية الفقيه فلا وجه للتفريق ·

على ان الدليل الدال على ثبوت الولاية لهم لو تم فانما هي كالولاية الثابتة للفقيه وانهم مع فقدهم كالفقيه مع فقد الامام عليه السلام ، فالفرق

بينهما بلا وجه ·

وتوهم اختلال النظام فى الثانى دون ولاية العدول مع كونهم أكثر فاسد ،والتحقيق هنا هو ماتقدم سابقا من ان الولاية الثابتة للفقهاء و لعدول المؤمنين انما هى بحسب الاصل وأخذ القدر المتيقن من جواز التصرّف فى مال الغير فنتيجته عدم جواز تصرّف الفقيه الاخر فى مال المولى عليه بعد وضع الاول يده عليه او تصرّفه فيه لكونه تصرفا فى مال الغير فهو حرام اذ لم نحرز جوازه الاّ للاول لكونه هو المتيقن وهكذا الكلام فى عدول المؤمنين فماذكره المصنف فى الحكام وان كان متينا من حيث المدعى ولكنه لا يتم من جهة الدليل الذى ذكره ·

وبالجملة فالاصل الاولى يقتضى عدم جواز التصرّف لأحد فى مال غيره وبعد القطع بجوازه فى مال اليتيم للحكام ولعدول المؤمنين فى الجملة فالمتيقن منه هو عدم جواز تصرّف الثانى فيه بعد وضع الاول يده عليه أو تصرفه فيه ·

قوله : اما ماورد فيه العموم فالكلام فيه قد يقع فى جواز مباشرة الفاسق ·

أقول : ذكر المصنف هنا فروعا لا باس بالاشارة اليها :ـ

الاول : انه هل يجوز مباشرة الفاسق فى مال اليتيم مثلا أم لا ؟ فحكم المصنف(ره) هنا بالجواز ،وعدم اعتبار العداله فى منصب المباشر بدعوى شمول عموم ادلة فعل المعروف وان كانت الادلة الخاصة قاصرةوتلك العموم كقوله(ع)عون الضعيف من أفضل الصدقة وعموم قوله تعالى ((ولا تقربوا مال اليتيم الاّ بالتى هى أحسن)) ونحو ذلك ·

وفيه الظاهر ان ما افاده ليس بتمام ،بل لا بدّ من العمل بمقتضى الأصل الذى كان مفاده عدم جواز تصرف غير العادل فى مال الصغير عند

فقد الفقيه لكونه هو القدر المتيقن فی ذلك الخارج عن أصالة عدم جواز التصرف فی مال الغير.

وأما عموم عون الضعيف من أفضل الصدقة فعلى تقدير صحة الحديث فهو ناظر الى الكبرى وان كلما كان عونا للضعيف فهی صدقة وأماالصغرى فلابد وان تكون محرزة من الخارج فلاتكون الكبرى متكفله لاثبات الصغرىاذ لا نسلم ان تكون تصرّف الفاسق فی مال اليتيم من مصاديق الصدقه فضلا عن كونه من افضلها ومن هنا ظهر الجواب عن عموم قوله تعالى ((ولا تقربوا مال اليتيم الاّ بالتی هی أحسن)) فان الكبرى وان كان مسلما و لكن لا نسلم ان تصرّف الفاسق فی مال اليتيم من القرب الحسن بأی معنى أخذ القرب والحسن على ماذكره المصنف من معانيهما حتى فی صوركونالتصرف صلاحا أو لم يكن الترك أصلح من الفعل ، بل كان الفعل أصلح من الترك اذ التصرّف حرام فلا يجوز بمثل تلك الاحتمالات ما لم تثبت الولايةللمتصرف فی مال اليتيم كما لا يخفى ، بل تدل على عدم جواز بيعهوتصرفهفيه الاخبار المتقدمة الدالة على عدم جواز الشرى من الفاسق الذی تصدیالیالتصرف فی مال اليتيم فانه اذا لم يجز الشرى لم يجز البيع ايضا فانه لا معنیلصحة البيع من طرف البايع وبطلانه من طرف المشترى ، بلبطلانمنأحد الطرفين يستلزم البطلان من الطرف الاخر أيضا .

وبالجملة لا وجه لتصرّف الفاسق فی مال اليتيم بوجه وانه طريق غير حسن لعدم الدليل على جواز تصرّفه وعدم شمول العمومات المتقدمة عليه كما عرفت.

الثانی : فی حكم الشراء من الفاسق فالظاهر ايضا اشتراط العدالة فيه فلا يجوز الشراء منه وان ادعى كون الفعل مصلحة ، بليجب أخذ المال

من يده حسبة لدلالة الروايات المتقدمة على اعتبار العدالة فيمن تصدى لبيع مال اليتيم ليكون الشرى منه كقوله عليه السلام فى رواية زراعةوقام عدل فى ذلك وغيره فقد فرق المصنف بين هذه المسئلة وبين المسألة السابقة من انه لو وجد فى يد الفاسق ثمن من مال الصغيرلم يلزم الفسخ مع المشترى وأخذ الثمن من الفاسق والوجه فى ذلك هو ان الموضوع فى المسألة السابقة هو اصلاح المال ومراعات الحال والتصرف معنون بذلك العنوان و هو لا يحرز باخباره قولا أو عملا ،ولا باصالة الصحة اذ مورد اصالة الصحة انما هو فيما تحقق الفعل فى الخارج وشك فى صحته وفساده من ناحية بعض الشروط ، ففى المقام لم يتحقق الفعل ليحمل على الصحة حين الشك فى الصحة والفساد ، بل يريد المشترى أن يشترى من الفاسق فاصالة الصحة لا تحرز شرائط الفعل الذى فى معرض الوقوع وهذا بخلافه فى المسألة السابقة فانّ الغرض الذى هو حفظ مال اليتيم واصلاحه حاصل اذ لا يعلم ان ماله هو الثمن أو المثمن فباصالة صحة المعاملة يحكم بكونه هو الاول ٠

ولكن الظاهر ان هذا الفرق فاسد فلا تجرى اصالة الصحة فى كلتا المسألتين فان مقتضى الروايات المتقدمة هو لزوم احراز الشراء من العادل ولذا قال عليه السلام وقام عدل وان التصرّف الصادر من غير العادل فاسد وان كان فيه غبطة الصغير لعدم كونه وليّا ٠

وعليه وان كان الثمن فى يد الفاسق وتحققت المعاملة بتصرفه و لكن هذا التصرّف باطل لعدم صدوره عن أهله لعدم كونه وليّا ففعله هذا فاسد قطعا ،فكيف يحمل على الصحة باصالة الصحة فان مورد اصالة الصحة انما هو فيما كان للفعل صحة تاهليّة بعد وقوعه فى الخارج فالفعل الواقع هنا فاسد قطعا لعدم صدوره عن اهله فكيف يحمل على الصحه باصالة الصحة

فماذكره من عدم جريان اصالة الصحة فى الفرع الثانى وعدم قياسه بصلاة الميت جار هنا بلا زيادة ونقيصة ·

وبالجملة بعدما ثبت انه لا ولاية للفاسق على مال الصغير وان تصرفاته ليست بنافذة فى حقه فلايفرق فى عدم ترتيب الاثر على فعله بين الحدوث والبقاء ففى كلتا المسألتين يحمل فعله على الفساد كيف فان اصالة الصحة لا يجعل الفاسق الذى ليس له التصدى بامور الصغير جزما وليّا له و لا ينقض تعجبى من المصنف كيف رضى بجريانها هنا وتصحيح عمله بها بعد العلم بعدم كونه اهلا للتصرّف وهذا نظير ان يحمل بيع غير المالك ، كالغاصب على الصحة باصالة الصحة مع العلم بكونه غاصبا فهى توجب كونه مالكا وكك هنا ان اصالة الصحة لا تعجل غير الولى وليّا ولا تجعل الفعل الذى ليس له صحة تأهلية ،بل فاسد جزما كما هو واضح ·

وتوهم كون الثمن فى يد الفاسق يدل على الصحة بمقتضى قاعدة اليد توهم فاسد فان قاعدة اليد انما تصلح المعاملة من جهة الشك فى المالك ففى المقام انها لا تثبت الولاية لمن ليس بولى قطعا ،نعم لو صدر الفعل ممن لا ندرى انه عادل أم لا فسيأتى حمل الفعل فيه على الصحة فكم فرق بين المسألتين ·

نعم لوصدر البيع من شخص وشككنا فى صحته وفساده من جهة الشك فى كونه عادلا اوغير عادل مى اعتبار العدالة فى الولى أو شككنا فى كونه وليّا او غير ولى ولو كان عادلا فيحمل على الصحةفان المناط فى أصالة الصحة الذى هو تحقق الفعل فى الخارج والشك فى صحته وفساده موجود هنا ، فمقتضى اصالة الصحة يحمل بيعه على الصحة وهذا غير ماتقدم من صدور الفعل من غير أهله قطعا بحيث لا مجال لاصالة الصحة بوجه فافهم ·

ثم لو اردنا اشتراء مال الصغير ممن نشك في انه عادل ليكون وليّا عنه وكان تصرفه نافذا او فاسق لا ينفذ تصرّفه فلا يمكن حمله على الصحة باصالة الصحة ،فانها انما تجرى في مورد تحقق الفعل في الخارج وشك في صحته وفساده كما عرفت، ففي هنا لم يتحقق الفعل بعد ،فكيف يحمل على الصحة فاصالة الصحة لا يتكفل على اثبات ان المتصدى بالفعل الذي يريد ايجاده في الخارج ولى للصغير كما هو واضح ٠

ولا تجرى هنا قاعدة اليد أيضا لانها لا تجعل من لا ندري ولايته على الصغير وليّا ويتضح ماذكرناه بملاحظة ماتقدم من لزوم احراز ان الشراء لا بد وان يكون من العادل بمقتضى قوله عليه السلام وقام عدل على ذلك والاّ فلا يجوز الشراء وهذا غير ماذكرناه من حمل فعله على الصحة مع الشك في الصحة والفساد اذ هو بعد تحقق الفعل وكان فيه موضوع اصالة الصحة تماما ٠

وربما يقال بقياس ذلك بالشك في تصرّف الولى من انه عادل أم لا ؟ فكما يحمل فعله على الصحة فكك هنا ٠

ولكنه من العجائب وجوابه يظهر من كلامه اذ توقفنا في حمل الشراء ممن لا نعلم انه عادل ام لا ، من جهة عدم العلم بعدالته وولايته اذ الولى على مال الصغير انما هو العادل فما لم نحرز ذلك لم نحرز ان الفعل صدر من الولى وان شرائنا ممن له التصرف في ماله فلا يجوز الاقدام عليه قبل الاحراز وهذا بخلاف ماصدر الفعل عن الولى مع العلم بكونه وليّا جزما وشككنا في عدالته وفسقه فان الولاية ونفوذ التصرّف فيه محرز قطعا و انما الشك في أمر آخر غير مربوط بالولاية وبنفوذ التصرف فكم فرق بينهما ٠

ثم لو أخبر الفاسق على وقوع الفعل كاخباره على وقوع الصلاه على الميت أو بوقوع التصرّف من العادل مثلا ،لا يسمع اخباره اذ لا دليل على

حجية خبر الفاسق ولا دليل على الاعتبار فى خصوص المقام، بل يسمع قول المخبر بوقوع الفعل وان لم يكن عادلا بناء على اختصاص ادلة اعتبار الخبر بالاحكام وعدم شموله على الموضوعات وما نحن فيه ايضا كك، فلابد من ترتيب الاثر عليه من قيام البينة على ذلك كما هو واضح لا يخفى فافهم .

والحاصل : انه يقع الكلام فى جهتين :ـ

الاولى : فى اعتبار العدالة فى تصرّف المتصرف وعدم اعتبارها فيه .

والثانية :في مشروعية معاملة الغير مع المباشر، وانه هل يعتبر عدالة المباشر أم لا ؟ وانما لم نعتبر اعتبارها فى جهة الاولى .

أما الجهة الاولى :فقد عرفت ان المصنف لم نعتبر العدالة فى تصرف المتصرّف فى مال الصغير مع فقدان الولى وتمسك فى ذلك بقوله عليه السلام عون الضعيف من أفضل الصدقة ،وقوله تعالى ((ولا تقربوا مال اليتيم الاّ بالتى هى أحسن)) فيجوز ان يتصرف الفاسق فى مال الصغير ولو لم يستأذن من الحاكم .

وفيه انك قد عرفت عدم جواز تصرّف الفاسق فى مال الصغير الاّ مع الاستيذان من الولى أو الحاكم ،وأما عون الضعيف من أفضل الصدقة فعلى تقدير قبول الصحة فلا دلالة فيه على المقصود اذ هو ناظر الى مطلوبية الكبرى فلا يشمل ما يشك فى كونه عونا اذ لا يتكفل الكبرى على ايجاد الصغرى، و كك قوله تعالى ((ولا تقربوا مال اليتيم الاّ بالتى هى أحسن)) اذ هو لا يثبت ان تصرّف الفاسق من القرب الحسن مضافا الى دلالة الروايات المتقدمة على اعتبار العدالة كما عرفت . اذن فلا يجوز لغير العادل التصرف فى مال الصغير بمقتضى الاصل الذى عرفته .

وأما الجهة الثانية : اعنى جواز الشرى ممن ليس بعادل فقد اعتبر المصنف

العدالة هنا للرواية المتقدمة ، بل حكم بوجوب اخذ المال من يده ، و لا يمكن تصحيحه بحمل فعل المسلم على الصحيح باصالة الصحة اذ الموضوع هنا عنوان بسيط اعنى اصلاح مال الصغير فنشك فى تحققه وعدمه فلا يحرر باصالة الصحة وليس ذلك مثلا اتيان صلاة الميت فانها بعد تحققها فى الخارج فنحمل على الصحة اذ الواجب هنا هى الصلاة الصحيحة وقد علم صدورها من الفاسق واذا شك فى صحتها احرزت باصالة الصحه بخلافه هنا اذ عرفت ان الواجب هو العنوان البسيط فلم يتحقق فى الخارج وهو كاخبار الفاسق بوقوع الصلاة على الميت ثم نزله منزلة بلوغ البايع فانه لا يحرز باصالة الصحة ثم حكم بجريانها فيما اذا وجد الثمن فى يد الفاسق من مال الصغير وتردد الامر بين كون الثمن ملكا للصغير أو المثمن فباصالة صحة المعاملة من الطرفين يحكم بكون الثمن من مال الصغير ثم امر بالتدبر ٠

ويرد عليه أولا : انه ليس فى الادلة السابقة مايدل على ان الموضوع فى فى المقام هو اصلاح مال ومراعات الحال ليكون الشك فيه شكا فى أصل تحققه فلا يمكن احرازه باصالة الصحة ، بل الظاهر منها عدم جواز التصرف فى ماله الاّ بوجه عيّنه الشارع، وذلك الوجه هو الوجه الحسن على ماذكر فى الاية ، فالموضوع فى المقام هو عنوان القرب المشروط بكون على وجه حسن ، فاصل القرب محرز بالوجدان فشرطه فهو كونه بوجه حسن باصالة الصحة ٠

وبالجملة انه لا وجه للمنع عن جريان اصالة الصحة بوجه ولو كانت الاية الاّ بالتى هى أصلح فانه ح تكون الاصلحية شرطا للقرب لا موضوعا للحكم ٠

وثانيا :على تقدير كون الموضوع هو اصلاح المال فلاوجه لاجراء اصالة الصحة فيما اذا تردد الامر بين كون مال الصغير هو الثمن او المثمن ، اذ مجرد التردد لا يوجب اجراء اصالة الصحة فاصل عنوان اصلاح المال مشكوك الوجود فلا يحرز باصالة الصحة فلاوجه له ان يفرق بين المسألتين بل يشكل الامر ح لو كان المتصدى هو العادل وشككنا فى كونه اصلاحا فى حق الصغير

ومراعاة له أم لا ؟ فيكون اصل عنوان الاصلاح مشكوكا فلايحرز باصالة الصحة ولعل انى ماذكرناه اشار بالامر بالتدبر ، فافهم .

والذى ينبغى ان يقال انه ليس لنا دليل لفظى دل على حجية اصالة الصحة وكونها من الاصول المعتبر واماقوله ((ضع فعل اخيك المسلم على أحسنه)) فقد قرر فى محله انه خارج عن حدود اصالة الصحة التى من الاصول المعتبرة فى الفقه ، فان مورد ضع فعل أخيك على أحسنه هو عدم حمل فعل الاخ على الحرام ، مثلا لو علم أنه تكلم بشئ فيحمل على أحسنه من انه لم يفحش لا انه حمل على أنه سلم ليكون رده واجبا وكك عامل معاملة فتحمل على انها ليست ربوية لا أنها معاملة صحيحة ، فالمقصود أنه حكم اخلاقى نظير صدق اخيك ولو يجئك خمسون قسامة فكذ بهم فمعناه لا ترتب الاثر على قولهم فاحمل كلامه على احسنه لا انه كذ بهم واحملهم على الكذب .

وانما الدليل على اعتبارها السيرة القطعية المستمرة فى بعض الموارد والظاهر ان الضابطة فيها هو ماكان الفاعل الذى يحمل فعله على الصحة مسلطا على التصرف ومالكا له وبعد احراز سلطنته عليه فاذا شك فى بعض الشرائط فيكون فعله محمولا على الصحة والوجه فيه هوان السيرة دليل لبى لا يؤخذ بها الا بالمقدار المتيقن وعليه فلايجوز لأن يحمل الفعل الصادر من الفاعل الذى لا ندرى كونه مالكا على التصرف وعدم كونه مالكا عليه على الصحة فلا يمكن الحكم بصحة المعاملة إذا اصدر الفعل من الفاسق و شك فى ان الثمن هو مال الصغير او المثمن وهكذا لا يمكن الحكم بالصحة باصالة الصحة اذا صدر الفعل من الفاسق ولكن نحتمل انه استأذن من العادل أو من الولى أم لا لعدم احراز مالكيته على التصرف فلايكون موردا للسيرة وهكذا وهكذا ومن هنا لا يمكن اجراء اصالة الصحة وتصحيح عقد الوكالة بها اذا شك فى كون البايع وكيلا من قبل المالك اوفضوليا فى بيعه ، هذا اذ لم يحرز انه مالك للتصرف حتى يحمل فعله على الصحة وبكونه بعنوان الوكالة و من هذا

القبيل الشك فى البلوغ وهكذا كل ماكان من هذا القبيل ، والوجه هى كلمة واحدة وهو كون الدليل على اصالة الصحة هى السيرة فهى لبيّة فيؤخذ بالمقدار المتيقن فلايشمل الموارد المشكوكة فالمورد المتيقن لها هوماذكرناه .

لا يقال انه اذا اعتبر فى جريان اصالة الصحة مالكية المتصرف على التصرف فبماذا تحملون على الصحة فما اذا تردد البيع الصادر من البايع بين كونه بيعا صحيحا أو بيعا ربويا مع عدم كونه مالكا على ايجاد البيع الربوى .

فانه يقال انه يكفى فى ذلك مالكيته على الطرف الذى تحمل فعله عليه باصالة الصحة فلايلزم كونه مالكا على جميع اطراف المحتملات كما لا يخفى فيكفى فى المثال المذكور كونه مالكا على ايجاد البيع الصحيح نيحمل عليه مع التردد بينه وبين البيع الفاسد هذا كله فيما اذا لم يكن المال فى يد المتصرف ، واما اذا كان ذواليد على المال وكان المال تحت يده فادعى كونه مالكا للتصرف بكونه وليّا أو مستأذنا منه مع امكان ماادعاه فهل يمكن حمل فعله على الصحة هنا أم لا ؟

الظاهر أنه لا يمكن حمله على الصحة هنا ايضا لعدم السيره على ذلك بل لا بد وان تؤخذ المال منه فضلا عن نفوذ تصرّفه فانه مع العلم بكونه غير مالك وان مابيده مال الصغير فمجرّد احتمال كونه مالكا على التصرف بالاستيذان أو الوكالة من وليه أو كونه وليّا لا يجوز حمل فعله على الصحة لعدم العلم بجريان السيرة فيه ، بل يكفى الشك فى عدم الجريان لماعرفت من كونها دليلا لبيّا فيؤخذ القدر المتيقن منه فما لم يكن عالم بالسيرة فلا يمكن حمل فعله على الصحة .

نعم ، يمكن الحمل فعله على الصحة لوكان ظاهر الحال تقتضي مالكيته واعترف بعدم كونه مالكا ، بل وكيلا من قبله او مأذون منه بحيث لولا الاعتراف لعومل معه معاملة المالك كما اذا اردنا ان نشترى شيئا من البقال فقلنا

اعطه بسر کذا ،فقال انه مال الغیر او مال الیتیم لا اعطی الا بثمن کذا ، فلیس لنا ان نأخذه ونقول فقد اعترفت بکونه مال الغیر فاثبت وکالتك عنه ، بل یصدق قوله فیحمل معاملاته علی الصحة اذ السیرة قائمة علی ذلك فی امثاله فلم یتوقف أحد فی المعاملة علیه ۰

وبالجملة فموارد الاطمئنانات الشخصیة خارجة عما ذکرناه من عدم حمل فعل الغیر علی الصحة ،اذ یحمل فیها فعل الغیر علی الصحة ،واما لو علمنا انه استولی علی مال الغیر فلاندری انه وکیل فی التصرف أولا فیدعی الوکالة ویتصرف فیه ،فلایکون تصرفه هذا نافذا فلایمکن ترتیب الاثر علیه ۰

ثم من قبیل ما ذکرناه من اشتراط حمل فعل المسلم علی الصحة بکونه مالکا علی التصرف ترتیب الاثر بقول الحکام الشرعیة ،أو مدعی التولیة علی وقف ونحوه ،فانه اذا شککنا فی عدم مالکیته علی التصرف من جهة الشك فی اجتهاده اوعدالته او فی الجهات الاخری فلایجوز أن یحمل فعله علی الصحة لعدم شمول السیرة علیه ۰

نعم ،لو احرزنا مالکیته علی التصرف وشککنا فی الشرائط الاخری ، فأصالة الصحة فی فعله وقوله وحکمه جاریة بلا اشکال ،فافهم ۰

قوله : ثم انه هل یشترط فی ولایة غیر الأب والجد ملاحظة الغبطة للیتیم أم لا ؟

أقول : المشهور اعتبار المصلحة فی التصرّف فی مال الیتیم ،بل عن بعضهم الاجماع علی ذلك بل عن التذکرة فی باب الحجر کونه اتفاقیا بین المسلمین واستدل علیه المصنف بقوله تعالی ((ولا تقربوا مال الیتیم الاّ بالتی هی أحسن)) وذکر حیث ان توضیح الایة لم یذکر علی ماینبغی فی کلام أحد من المتعرضین لبیان آیات الاحکام ،فلاباس بتوضیح ذلك فی هذا المقام

ومحصل كلامه ان القرب في الاية يحتمل معاني اربعة :ـ

الاول : مطلق التقليب والتقلب ولو من مكان الى مكان فلا يشمل ما ليس فيه تقليب نابقائه عند أحد أو على حاله .

والثاني : وضع اليد عليه بعد كونه بعيدا عنه فيكون النهي نهيا عن ذلك ، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع .

الثالث : ما يعد في العرف تصرفا كالاقتراض والبيع والاجارة وشبهها .

الرابع : مطلق الامر الاختياري المتعلق بمال اليتيم اعم من الفعل و الترك فالمعنى لا تختاروا في مال اليتيم فعلا أوتركا الآ ماكان أحسن من غيره .

وأما لفظ الاحسن في الاية يحتمل ان يراد به ظاهره من التفضيل و يحتمل أن يراد منه الحسن نظير قوله تعالى ((فاولى الارحام بعضهم أولى ببعض)) وعلى الاول فيمكن أن يؤخذ التفضيل المطلق أي لا يجوز التصرف في مال اليتيم الآ بوجه يكون أصلح من غيره من التصرفات ، أويكون المراد به الافضلية على الترك أي قربا يكون أحسن تركه وعلى الثاني فيمكن أن يراد بالاحسن ما يكون فيه صلاح فلا يجوز التصرف اذا لم يكن فيه صلاح ويمكن أن يراد به ما لا مفسدة فيه ، وان لم يكن فيه صلاح أيضا ثم اختار من احتمالات القرب الاحتمال الثالث ومن احتمالات الاحسن الاحتمال الاول أي ما يكون بمعنى التفضيل المطلق ، وعليه فاذا كان بيع مال الصغير أصلح ، فبعناه بعشرة دراهم ، ثم فرضنا أنه لا يتفاوت ابقاء الدراهم لليتيم أوتبديله بالدينار فاراد الولي أن يجعله دينارا ، فلا يجوز بعد كونه أصلح من تركه ، بل هما سيان وأن كان يجوز ذلك من الاول اذا كانت المصلحة في الابتداء في تبديل المال بالنقد من غير فرق في تبديله بالدينار أو الدرهم و أما لو

جعلنا الحسن بمعنى لا مفسدة فيه فيجوز ذلك كما يجوز لو أخذ بالاحتمال الرابع للقرب اذ كما ان الولى مخيّر فى الاول بين جعله دينارا أودرهما فكك له التخيير بقاء اذ ليس لاحد الفردين مزية على الاخر لا فى الابتداء ولا فى الاستدامة فيكون القدر المشترك بينهما هو الحسن فيكون مخيرا ابتداء واستدامة .

ثم قال ان الانصاف هو أن مرجوحية المعنى الرابع فى نظر العرف ثم استظر من بعض الروايات ان المناط فى جواز التصرّف فى مال اليتيم هو عدم الضرر عليه كما ان المناط فى الحرمة وجود الضرر عليه .

والذى ينبغى ان يقال ان شيئا من المعانى الاربعة لا يرتبط بالقرب اما الاحتمال الثالث فلأن مثل البيع والاقتراض والاجار ونحوها مما يعد فى العرف تصرفا ليس قربا فانه هو الاتيان وليس فى امثال ذلك قرب و اتيان بوجه واما المعنى الرابع فهو ليس بتمام فى نفسه ، بل يعد جعله من معانى القرب من العجائب اذ لا يصدق القرب على الترك وعلى الاعدام فهل يقال لمن ترك شيئا انه قرب منه .

وأما المعنى الثانى فلاوجه له أيضا اذ لا وجه لتخصيص القرب بالابتداء وعدم شموله للاستدامة فانه تخصيص بلا مخصص وكك لا وجه للرابع وتخصيصه بالتقليب والتقلب وعدم شموله لابقائه فى حاله أو عند احد مع انه يمكن أن يكون نفس الابقاء عند أحد استيلاء عليه ، بل معنى القرب هو الاتيان الى الشىء خارجا والاستيلاء فتارة ينسب الى الافعال كقوله تعالى ((ولا تقربوا الفواحش)) والاخرى الى الاعيان كقوله تعالى ((ولا تقربوا مال اليتيم)) فالمعنى هنا والله العالم انه لا يجوز الاستيلاء على مال اليتيم وتملكه الاّ بوجه يكون حسنا ومصلحة وعليه فيكون النهى متمحضا للتكليفى لعدم ارتباط

الاية بالمعاملات بوجه ليكون النهى ارشادا الى الفساد كماذكرنا مرارا من كون النهى فى باب المعاملات ارشاد الى الفساد ٠

وبالجملة ان الاية خارجة عن المعاملات وليست لها تماس بها لكى يباحث فى فسادها وعدمها ، بل هى مسوقة للنهى عن أكل مالهوالاستيلاء عليه فهى نظير على اليد مااخذت حتى تؤدّى ٠

ثم انه لا يفرق فى ذلك بين كون الاستيلاء حدوثا أوبقاء فلو كان مال زيد الصغير وديعة عند عمرو فالى سنة احرزه ، ثم استولى عليه و تملكه و تصرف فيه تصرفا الملاك فتشمله الاية ايضا اذ النهى منحل الى نواهى عديدة على نحو العموم الاستغراقى ٠

ثم اختلف فى ان المراد بالتى أى شىء فقيل انها كنايه عن النيه أى لا تقربوا مال اليتيم الآ بنية حسن ، فيكون الباء صلة زائدة ٠ وقيل ان المراد منها الكيفية أى لا تقربوا مال اليتيم الآ بكيفية حسن وذكرنا سابقا ان المراد منها الطريقة ويكون البا للسببية وليس هو وصفا للقرب كما توهم و الا كان الصحيح ان يقال الآ بالذى هو أحسن ، ثم لا شغل لنا فى انه أى شىء اريد منها او من الاحسن بعد مما علمت خروج الايه عن باب المعاملات و كونها ناهبة عن أكل مال اليتيم والاستيلاء عليه بأى نحو من انحاء التصرفات كما انه لا شغل لنا للبحث فى أنه أى طريق ليجوز التصرف فى مال اليتيم على هذا الوجه بعد ماعرفت انه لا ولاية لاحد على الصغير والتصرف فى ماله من الفقيه والحاكم الشرع فضلا عن عدول المؤمنين وكيف بفساقهم حتى التصرفات التى كانت على مصلحة الصغير فضلا عما لا مصلحة فيه أو فيه ، مفسدة لماله الا فى مورد خاص فهو صورة موت الشخص فأريد بيع ماله فدلّت الرواية على قيام العدل بذلك وبيعه من قبلهم وانما التصرف يجوز

فى ماله حسبة وان نظر الشارع تعلق بحفظه وحفظ ماله من كل احد فاذا شوهد ان داره تخرب او ماله يتلف او هو نفسه فى معرف التلف فيجب لكل أحد على مراتبهم حسبة يحفظوا ماله ونفسه واما فى غير تلك الموارد فلايجوز لاحد أن يتصرّف ولو كان على مصلحة الصغير فكيف ما اذا لميكن فيه صلاح ،فافهم ٠

قوله : نعم ربما يظهر من بعض الروايات ان مناط حرمة التصرف هو الضرر ٠

أقول : قد عرفت عدم دلالة الاية على الولاية فضلا عن اعتبار المصلحة فى تصرفهم بل لا بد من العمل بمقتضى الاصل حيث علمنا جواز التصرف فى مال اليتيم فى بعض الموارد حسبة كما اذا كان فى شرف الخراب فانه يجوز بل يجب البيع وتبديله بالاحسن واما بيع ماله ابتداء ولو كان اصلح فلا يجوز للفقيه فكيف بغيره الا فى موارد القسمة قد ورد النص بقيام العدل عليها

وعلى هذا فلابدّ من الاقتصار بالقدر المتيقن من التصرف فهو صورة اختيار الاصلح فلوكان هنا مشتريان فيشترى أحدهما بخمسين و الاخر بمائة فلايجوز بيعه بخمسين الاّ اذا كان فى بيعه بمائة مايوجب التشويش والاضطراب لكون المشترى شخصا متقلبا بجعل الخيانة فى معاملاته ٠

وربما قيل ان المناط عدم الضرر فقط وان لم يكن فيه نفع لروايتين :ـ

أحديهما :رواية الكاهلى عن الدخول على اليتامى فقال عليه السلام ان كان فى دخولهم عليهم منفعة لهم فلاباس ،وان كان فيه ضرر فلا ، و استظهر منها المصنف ان المراد من منفعة الدخول مايوازى عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم فيكون المراد بالضرر فى الذيل ان لا يصل الى الايتام مايوازى ذلك فلا تنافى بين الصدر والذيل ٠

وزعم بعضهم ان الرواية انما تعرضت لحكم صورتين احد يهاصورةوجود المنفعة لليتامى والثانية صورة الضرر منهم ،واما الصورة التى يوازى النفع مع الضرر بحيث لم يبق فى البين لا نفع ولا ضرر فسكوت عنها و قوله عليه السلام فى الذيل ان فيه ضرر عليه فلايجوز بيان لاحد شقى المفهوم لكونه اغلب فتكون الرواية اجنبية عن اعتبار عدم الضرر فقط فى تصرفات الولى و لكن الظاهر ان ما فهم المصنف من الرواية هو الوجيه و ذلك من جهةان طبع الدخول على اليتامى لا يخلو عن الضرر لكونه مستلزما لاستخدام دارهم والاكل من طعامهم والجلوس على بساطهم الى غير ذلك من التصرفات التى لا شبهة فى كونها فى نفسها ضررا عليهم فدخولهم على اليتيم بحسب الطبع ضرر عليهم وعلى هذا فنظر الامام عليه السلام من التجويز فيمااذا كان دخولهم عليهم منفعة ملاحظة الموارات بين ما يصل اليهم من الداخلين وبين ما يقع عليهم من الضرر فيحكم بالجواز مع وجود النفع لهم وبعدمه مع كونه ضررا عليهم وعليه فلايكون فى البين شق ثالث.

ولكن الظاهر ان الرواية خارجة عما نحن فيه اذ هى ليست متعرضة لجواز بيع مال الصغير والتصرف فيه وان كان اصلح لهم ، بل قلنا لا يجوز التصرف الاّ بالمقدار المتيقن الذى تقتضه الحسبة الا فى مورد القسمة ، بل هى متعرضة لبيان جواز الدخول عليهم والاكل من اموالهم اذا لم يكن فيه ضرر بأن يصل منهم اليهم فى مقابل ماورد عليهم من الضرر و لو كان النفع امرا اعتباريا كدخول الشخص التشخص عليهم بحيث يوجب ذلك عدم جرئة الناس عليهم ، بل هذا المقدار الذى تعرض له الروايه امر وجدانى ، بل مما يحكم به العقلاء اذ لولم يدخل عليهم أحد ولم يصل الى امورهم لملاحظة الاصلح فالاصلح لم تحفظ كيانهم ووقعوا فى معرض التلف

الثانية : رواية ابن مغيرة قلت لابی عبد الله عليه السلام انّ لی ابنة أخ يتمة فربما اهدی لها الشیء فاكل منه ثم اطعمها بعد ذلك الشیء من مالی فاقول يا رب هذا بهذا قال لا باس فقد ظهر جوابها من الرواية الاولی ايضا ، فان غرض الامام عليه السلام ملاحظة مصلحة اليتيم فی الدخول عليه والاكل مما اهدی اليهم فان المهدی اليهم عادة يكون أكثر مما يكفيهم من الغذا فالزائد عنه يكون فاسدا واما اذا ورد عليهم شخص آخر وأكل ذلك فاعطا اياهم مالا آخر فی بدله فيكون اصلح لهم بلاشبهة فهی خارجة عن حدود المعاملات ، كما لا يخفی .

وبالجملة مورد الروايتين غير المعاملات من الامور التی قد حكم العقلاء علی جوازه ورضی به الوجدان كما هو واضح ، هذا تمام الكلام فی الولاية .

الكلام فی بيع العبد المسلم علی الكافر

قوله : مسألة : يشترط فمن ينتقل اليه العبد المسلم ثمنا او مثمنا ان يكون مسلما .

أقول : من جملة شرائط المتعاقدين أن يكون المشتری مسلما اذا كان المبيع عبد مسلما فلايجوز نقل العبد المسلم الی الكافر وهذا الحكم لا يختص بالبيع ، بل يجری فی جميع ما يوجب تملك الكافر المسلم و لو كان بغير البيع اذ الغرض عدم تملك الكافر علی المسلم بناء علی عدم جوازه لا حرمة البيع منهم واستدل علی ذلك بوجوه :ـ

الاول : التسالم بين الفقهاء علی عدم الجواز ودعوی الاجماع عليه ، فعهدته علی مدعيه فيكون ذلك حجة لمن يطمئن به .

الثانی : الروايات الواردة فی عدم استقرار ملك الكافر علی المسلم و

استدامته بانه لو ملكه قهرا بارث بان كان العبد المسلم تحت يد الكافر فاجبر على البيع فمات وانتقل الى وارثه فبيع على الوارث فيعطى ثمنه منهم لا ان العبد المسلم كان للكافر من غير أن يجبر بالبيع فمات و انتقل الى الوارث والاخبار الواردة فى اسلام العبد الكافر فى ملك سيده فانه بيع عليه أو كانا مسلمين فارتد المولى وكفر فانه بيع العبد عليه وهكذا فيستفاد منها عدم استدامة ملك الكافر على المسلم وانه لا يستقر بقاء فيدل على عدم الملك حدوثا أيضا اذ لا يفرق فيه بين حدوث والبقاء فاذا لم يرض الشارع بذلك بقاء لم يرض به حدوثا أيضا ونزلوا ذلك بمنزلة استفاد تحرمة تنجيس المسجد من الامر بالازالة اذ لو لم تكن التنجيس محرّما لم يكن وجه لوجوب الازالة وأيضا نظير ذلك ماذا امر باخراج أحد من الدار، فانه يستفاد منه حرمة ادخاله الدار فان غرض المولى عدم وجوده فيها وكونه مبغوضا له لا مجرّد اخراجه وادخاله ثانيا .

وفيه ما اجاب به المصنف ان الامر بازالة ملك الكافر عن المسلم بقاء حكم تكليفى بحيث يحرم ابقاءه فى ملكه ويجب اخراجه عنه فلا يدل على عدم ملكه ابتداء الذى هو من الاحكام الوضعية نعم يدل على عدم كون ملكه مستقرا حدوثا كما دلّ على ذلك بقاء .

وبعبارة اخرى لا دلالة فيها على ازيد مما تدل على حكم البقاء فهى تدل على وجوب ازالة ملك الكافر عن العبد المسلم بقاء وجوبا تكليفا فيدل على حرمة تملك الكافر العبد المسلم أيضا تكليفا ،واما انه لا يملك بالشراء او بالصلح اوبالهبة فلا يستفاد منها .

نعم ،لو دلت تلك الروايات على انعتاق العبد المسلم فى ملك الكافر بقاء لدلت على عدم ملكه له حدوثا ايضا وليس الامر كك وانما هى متعرضة

لجهة الحكم التكليفى فقط من جهة البقاء كما لا يخفى ·

ومن هنا ظهر الجواب عن النص الوارد فى عبد كافرا سلم فقال أمير المؤمنين عليه السلام اذهبوا فبيعوا من المسلمين وادفعوا ثمنه الى صاحبه ولا تقروه عنده ·

ووجه الظهور ان التخصيص بالمسلمين انما هو من جهة ان الداعى على الامر بالبيع هى ازالة ملك الكافر والنهى عن ابقائه عنده فلا يحصل ذلك الغرض بنقله الى كافر آخر فلا يدل ذلك على فساد بيعه من الكافر ابتداء وعدم صحته وان الكافر لا يملكه من الاول ·

ولا وجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من ان أمر الامير المؤمنين عليه السلام بالبيع من المسلم ونهيه عن الاستقرار عند الكافر يدل بالملازمة العقلية على عدم تملك الكافر العبد المسلم ملكا مستقرا فهى نظير ما لو قيل ازل النجاسة عن المسجد فكما يفهم منه حرمة ادخال النجس فيه كذلك يستفاد من عدم استقرار ملك الكافر على المسلم عدم حدوث ملكه عليه كذلك ·

لماعرفت من عدم الملازمة بينهما بوجه فما افاده المصنف متين جدا و بعد بيانه على الذى فى المتن لا يبقى مجال لما ذكره شيخنا الاستاذ بل لا نفهم معنى كلامه ·

والحاصل : انه استدل على عدم تملك الكافر للمسلم بوجوه: ــ

منها : التسالم فهو راجع الى وجدان كل أحد فمن يطمئن به فيصدقه

ومنها : الاخبار الواردة فى موارد عديدة الدالة على وجوب بيع العبد المسلم على الكافر ·

وفيه انها تدل على وجوب ازالة العلقة المالكية للكافر من العبد المسلم بقاء وجوبا تكليفيا فلا يدل على عدم صحة التملك حدوثا وضعا ·

نعم ، لوكانت دالة على انعتاقه عليه بقاء في تلك الموارد لدلت على عدم حدوث الملكية حدوثا أيضا للملازمة العرفية بينهما وليس كك ٠

ومنها :ما عن الامير عليه السلام ولا تقروّه عنده فبيعوه من مسلم ٠

وفيه اولا ماتقدم من انها تدّل على حرمة ابقاء العبد المسلم في ملك الكافر تكليفا فلايدل على عدم التملك حدوثا وضعا بل تكليفافتقييده عليه السلام بالبيع من مسلم من جهة عدم حصول الغرض وهو ازالة ملك الكافر عن المسلم بالبيع من غيره فالنهي عن التقرر عنده نهي تكليفي محض ٠

وثانيا : ان الامر بالبيع والناهي عن ابقائه عند الكافر هو الامير عليه السلام ولا شبهة بيعه من الكافر حرام فهو عليه السلام لا يأمر بالحرام ٠

وبالجملة الرواية اجنبية عن تملك الكافر العبد المسلم ابتداء ٠

ومنها الاية المباركة ((لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا))

بدعوى ان تملك الكافر المسلم بالبيع او بغيره سبيل عليه فهي منفي بالاية المباركة ٠

قال المصنف : ان باب المناقشة فيها واسع ثم أشكل عليها بوجوه و قبل جميع المناقشات ان السبيل عبارة عن السلطة الخارجية فالملكية من الامور الاعتبارية فلايصدق عليها السبيل ٠

الثاني : ماأورده المصنف اولا ان الاية لا دلالة فيها بنفسها و لو بقرينة السياق على المطلوب اذ مقتضى النفي بلن التابيديةّ هو نفي السبيل من الكافر الى المسلم في آن من الانات فهذا المعنى غير قابل للتخصيص بوجه فيعلم من ذلك ان المراد منه ليس نفي السبيل تكوينا بداهة ثبوته للكافر على المسلم في جميع الازمنة او في أكثرها لكون المؤمن في ذلّ ومشقة دائما ولا ان المراد نفي التملك ثبوت ملكيته عليه كثيرا كما

اذا كان عنده عبد مسلم فلم يلتفت اليه المسلمون ليبيعوه فمات وانتقل الى وارثه او ارادوا بيعه فمات أو لم يقدروا على بيعه فمات وانتقل الى وارثه فان فی جميع هذه الصور تملك الكافر للمسلم ، بل تسالم الفقهاء على جواز بيع المسلم من الكافر اذا كان ممن ينعتق عليه فيتجلى من ذلك كلّه ان الاية اجنبية عن هذه الامور والاّ لزم القول بالتخصيص فقد قلنا ان الاية آبية عن التخصيص .

اذن فلابدّ وان يراد من الاية معنى لا يقبل التخصيص ولو بقرينة ماقبلها وهو قوله تعالى ((والله يحكم بينهم)) ومن الواضح ان الحكومة الالهية بين العباد مختصّ بالاخرة فتكون الاية راجعة اليها اذ فيها ليس للكافر على المسلم سبيل بوجه فان الله يحكم بينهم دون غيره ،فلا ظلم فی حكمه تعالى .

وبالجملة مقتضى ظهور نفس الاية ومقتضى سياقها وصدرها اختصاصها بالاخرة فلا يشمل السبيل الدنيوی فضلا عن شموله على التملك .

هذا حاصل ماذكره المصنف مع التوضيح والاضافة منا فلا مناص عنها بوجه .

ثم ناقش ثانيا بأنه لواغمضنا النظر عماذكرناه وقلنا بشمولها بالسبيل الدنيوی وتملك الكافر المسلم فلايساعده ماورد فی تفسيرها من ارادة الحجة عن السبيل وان الاسلام لعلو شأنه و رفعة مقامه ومكانة حقانيته و وضوح حججه وبيناته يعلو على كل الاديان ولا يعلو عليه دين ومذهب ، فالمراد من الاية هو نفی تفوق حجة الكافر على حجة الاسلام كما خاطب النبی الاكرم (ص) اهل الجاهلية مرارا هل لكم من سلطان و بينة و حجة وقد نطق بذلك القرآن المجيد فی موارد عديدة والروايات المتكثرة وان

الكافرين كلما طالبوه عن النبي (ص) من البينات فاتاه ولكنهم عجزوا عن مقاومته بالحجج والبينات وقد ورد في تفسيره ان قوما زعم بذلك عدم قتل الحسين عليه السلام ، بل رفعه الله فألزمهم الامام عليه السلام بانه و قد قتل من هو اشرف منه أعني علي وابنه الحسن(ع) وبانه لو كان الامر كك ، فلم قتل الانبياء كما حكاه الله تعالى في كتابه ، بل المراد انه ليس للكفار حجة على المسلمين فانهم يغلبون عليهم في كل حجة والآ فالسيرة العملية جرت على أن المسلمين من المظلومين والمقهورين من زمن آدم الى هذا الزمان ، اذ أول من تصدى الى ذلك ابن آدم قابل حيث قتل هابل ، فجرى الحسد والعداوة بين الناس ، بل في بعض الاخبار : ما منّا الاّ مسموم أو مقتول . فيعلم من جميع ذلك وممّا ورد في تفسير الاية من العيون المشار اليه ان المراد من الاية نفي الحجة في الدنيا والاّ فمن جهة غير الحجة فالكفار لهم سبيل على المؤمنين بلاريب ثم قال المصنف وتعميم الحجة على معنى يشمل الملكية وتعميم الجعل على وجه يشمل الاحتجاج والاستيلاء لا يخلو عن تكلّف .

وفيه انه يمكن المناقشة في هذا الوجه من جهة ان الحجة و ان لم تشمل الملكية الآان تفسير الاية بها لا يوجب اختصاصها بها بل من الممكن ان يراد من السبيل معنى جامع ومفهوم عام يشمل الحجه وغيرها و يكون التفسير بالحجة من باب بيان المصداق وعليه فيشمل السبيل الملكية أيضا مع قطع النظر عن عدم شموله لها في نفسها .

وبالجملة لو امكن شمول السبيل على الملكية فتفسير الامام عليه السلام الاية بالحجة لا يوجب عدم شمولها للملكية ، بل يمكن شمولها لو اريد من السبيل معنى جامع وقد ورد في هذا المعنى وان تفسير آية بفرد ليس

تخصيصا لها به ، بل من باب تطبيق الكلى على الفرد اخبار ذكرها فى كتاب سمى مقدمة البرهان وفيها ان القرآن يجرى كما تجرى الشمس و القمر فلو ان آية نزلت على قوم فلايختص به والاّ نفد القرآن بزوال القوم ، بل من باب التطبيق ٠

وعليه فلو طبق الجبت والطاغوت بالشيخين فليس معناه انه لا يمكن ارادة غيرهما منها ومن هذا تنحل شبهات كثيرة فى ذلك الباب وقد ذكرنا تفصيل ذلك فى بحث التفسير ٠

ثم ناقش الشيخ فى الاية ثالثا بعد الغض عن المذكورات من جهة تعارض عموم الاية مع عموم ما دلّ على صحة البيع ووجوب الوفاء بالعقود و حل أكل المال بالتجارة وتسلط الناس على أموالهم وحكومة الاية عليها غير معلومة ٠

وفيه انه لا يفهم مايريد من هذه المناقشة اذ لوقلنا بتقدم عموم(أوفوا بالعقود) على الاية المذكورة كما هو الظاهر اذ عمومها بالوضع لوضع الجمع المحلى للعموم فيها فيشمل مورد النزاع فيحكم بصحة بيع عبد المسلم من الكافر، والاّ فالتعارض بينهما بالعموم من وجه ،ففى مورد الاجتماع يحكم بالتساقط وتكون اصالة الفساد محكمة فلايكون وجه للصحة ،ح بل تكون النتيجة نتيجة التمسك بعموم نفى السبيل كما هو واضح ٠

ثم قال مضافا الى ان استصحاب الصحة فى بعض المقامات يقتضى الصحة اذا كان الكافر مسبوقا بالاسلام أو كان العبد مسبوقا بالكفر ، فان فيها نستصحب صحة البيع الثابت قبل الكفر ،وفى غير هذه الموارد نحكم بالصحة لعدم القول بالفصل ولا تعارضه اصالة الفساد فى سائر الموارد لحكومة ، استصحاب الصحة عليها٠

وفيه ان كلامه هذا من اوله الى آخره غير صحيح اذ الاستصحاب هنا تعليقى لانقوله به لعدم ثبوت الحكم المنجز هنا لنستصحبه ، بل الثابت قبل الكفر أنه لو باع لصح فاستصحابه تعليق بلاشبهة ٠

وثانيا : انه من استصحاب الاحكام فلا نقول به ٠

وثالثا : ان الكافر والمسلم فى نظر العرف موضوعان متباينان ، فاذا كفر المولى او أسلم العبد فلاوجه لاستصحاب حكم ماقبل الكفر و الاسلام لتبدل الموضوع فى نظر العرف ٠

ومع الغض عن جميع ذلك ، فلا وجه لعدم القول بالفصل فى الاحكام الظاهرية وانما هو فى الاحكام الواقعية ، و اما الاحكام الظاهرية فالتفكيك فيها من الكثرة بمكان والاّ يلزم اسراء الحكم من موضوع الى موضوع آخر فهو قياس باطل مثلا لو كان هناك ماءان كلاهما بمقدار معين ، فكانت الحالة السابقة فى أحديهما الكرّية وفى الاخر القلة فاستصحاب كل من الحالتين يغاير استصحاب الحالة الاخرى لكون كل منهما تابعا على شك ويقين ، فليس لاحد ان يجرى الاستصحاب فى احدهما ويحكم بثبوت الحكم فى الاخر بالملازمة بينهما ، لكونه اسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر فهو قياس و هكذا لو توضا بأحد ، اطراف العلم الاجمالى غفلة فيحكم ببقاء الحدث و طهارة البدن الى غير ذلك من الموارد ومن هنا قلنا بانّ سلمان لو استصحبت حكما من احكام الشرايع السابقة لا يثبت ذلك فى حقنا بالاشراط فى التكليف فان الاستصحاب تابع للشك واليقين من كل أحد فشك السلمان ويقينه غير الشك واليقين الموجود فينا ٠

وبالجملة مورد عدم القول بالفصل فى الاحكام الواقعية لوجود الملازمة بينها دون الاحكام الظاهرية لعدم وجود الملازمة بينها كماعرفت ٠

على انه مع الغض عن جميع ذلك وتمامية عدم القول بالفصل فلا وجه لمعارضة اصالة الفساد فى مورد آخر فهو ببيع العبد المسلم ابتداء من الكافر مع اصالة الصحة فى الموردين المذكورين الذين جرى فيها الاستصحاب، نعم جريانها فى مورد واحد ومعارضتها فيه تقديم اصالة الصحة على اصالة الفساد للحكومة لا ريب فيه، ولكنه غير تعارضهااذا جريا فى موردين، بل يعمل بكل منهما فى مورده من غير تعارض وتمانع أصلا.

والحاصل: أن حاصل كلام المصنف هو لو كان العبد والمولى كافرين فأسلم العبد أوكان المشترى مسلما فكفرفانفى هذه الموارد يجرى استصحاب صحة البيع الثابت قبل الكفر والاسلام وفى غير هذه الموارد يتم المطلب بعدم القول بالفصل وعلى تقدير عدم جريان عدم القول بالفصل فأصالة الصحة فى هذين الموردين يعارض باصالة الفساد فى ساير الموارد، كما اذا لم يعلم الحالة السابقة فان مقتضى اصالة الفساد اعنى عدم انتقال مال أحد الى شخص آخر جارية فيها فيقع المعارضه بينهما فتقدم اصالة الصحة على اصالة الفساد للحكومة.

ويرد عليه أولا: ان الاستصحاب هنا تعليقى، فلانقول بجريانه فلانقول بحجيته فى الاحكام التعليقية، ومع الغض عنه فلا يجرى فى الشبهات الحكمية ومع الغض أيضا فالموضوع هنا متبدل حيث ان موضوع الجواز فى أحدهما الكفر والاخر الاسلام قد تبدل كل منهما الى الاخر فهما فى نظر العرف من المتباينين فيكون الاستصحاب اسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر.

وثانيا: ان عدم القول بالفصل بناء على اعتباره وحجيته انما يتم فى الاحكام الواقعية أى الاحكام الثابتة بالامارات مع القطع بالملازمه بينهما واما الاحكام الظاهرية أى الاحكام الثابتة بالاصول سواء كانت محرزة أوغير

محرزة فلايجرى فيها ولذا يحكم فى مقدار خاص من الماء تارة بالقلة اذا كان مسبوقا بها ،واخرى بالكثرة اذا كان مسبوقا بها ،ويحكم فى مكان خاص بوجوب القصر تارة وبوجوب الاتمام اخرى لاختلاف الحالة السابقة الى غير ذلك من الموارد الكثيرة التى وقع التفكيك فيها فى الاحكام الظاهرية .

والوجه فى ذلك :ان جريان الاستصحاب تابع لوجود اليقين و الشك فاينما وجدا نحكم بجريانه والاّ فلا ، سواء توافق مفادهما ام تخالفا ، كما لا يخفى .

وثالثا :ان اصالة الصحة انما تعارض اصالة الفساد فى العقود متقدم للحكومة اذا كانا واردين على مورد واحد كما اذا شك فى ان عقد الفلانى صحيح او فاسد ،فمقتضى عدم انتقال مال كل من المتعاملين الى الاخر هو الفساد ومقتضى اصالة الصحة هو الصحة فتكون مقدمة على اصالة الفساد لحكومتها عليها اذ لو لم تتقدم لكانت ملغاة اذ ما من مورد من موارد اصالة الصحة الاّ فاصالة الفساد فيه موجودة فلو كانت حاكمة على اصالة الصحة لم تكن فائدة فى جعل اصالة الصحة .

وأما فى الموردين ،بان كان الجارى فى مورد هى اصالة الصحة ، كالمثالين المتقدمين ،وفى مورد آخر هى اصالة الفساد فلا تكونان من المتعارضين فضلا عن تقدم اصالة الصحة على الاخر للحكومه .

وبالجملة لا دليل على عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر، نعم لوتم هنا اجماع اخذ به والاّ فنحكم بالجواز، واما قوله (ص) : الاسلام يعلوا ولا يعلى عليه ، شيء فمضافا الى ضعف السند فيه ان المراد منه علو نفس الاسلام لوضوح محجه وبراهينه وبيّناته ليتم للّه الحجه البالغه ويهلك من هلك عن بينة ويحى من حى عن بينة ولا يكون للناس حجة بعد الرسل

لا علو المسلمين على الكفار بداهة مشاهدة علو الكفار على المسلمين كثيرا بل المسلمون مظلومون فى كل دورة وكورة كما اشرنا اليه قبيل هذا ٠

ثم لو بنينا على عدم الجواز فهل يختصّ الحكم بالبيع فقط أو يجرى فى غيره كمطلق تمليك المنفعة او تمليك عينه بالصلح أو كان العبد مورد الحق الكافر كالا رتهان أوكان تمليكا للمنفعة كالاجارة او اباحة لها كالعارية أو مجرّد استيمان كالوديعة فهل يختص الحكم بالعبد أويجرى فى غيره أيضا فان كان المدرك للحكم هو الاجماع فالمتيقن منه هو البيع فلايجرى فى غيره تمليكه اياه بالصلح أو بالهبة او تمليك منفعة بالاجارة او العاريه أوجعله عنده وديعة او رهنا ٠

وان قلنا بان المدرك لذلك هو الاية المتقدمة وقلنا بشمولها لمطلق السلطة ولوكانت بالاستخدام أوالاستيجار فيشمل ح جميع موارد السلطة والاستيلاء عليه ٠

وعلى هذا فنقول اما الوديعة فلاشبهة فى جواز وديعة العبد المسلم عنده او اجارة الكافر لحفظه اذ ليس الغرض منها الاّ الحفظ من دون تسلط للكافر عليه بوجه ليكون استيلاء محرما وأما الاجارة فلابّد وان يفصل فيها فانها كانت بحيث تقتضى استيلاء الكافر على المسلم فلايجوز كالاجارة المطلقة المتعلقة بجميع منافع الحر والعبد و مّجرد ان الحر ليس قابلا للتملك والغصبية لا يقتضى سلب سلطة الكافر اذ لو ملك الكافر عمل المسلم بحيث لم يكن له ان يملك غيره فهذا سبيل منه عليه بلاشبهة وارتياب٠

وأما لوكانت الاجارة متعلقة بذمة المسلم كما لو آجر نفسه لان يخيط له ثوبا أو آجر عبده كذلك فان مجرّد ذلك ليس سبيل عليه ، بل هى مثل الاقتراض منه فهل يتوهم أحد أنه سبيل على المسلم والاّ لما استقرض

الامير(عليه السلام) من اليهود ، بل ربما يكون الاجير اشخص من المستأجر كالخياط الذى استأجر نفسه لخياطة ثوب أحد من الكافرين الذى ادنى منه بمراتب او غير ذلك من الامور وهكذا العارية ٠

واما الارتهان فهو أيضا كك اذ مجرّد تعلق حق الكافر بالعبد المسلم لا يستلزم اثبات السبيل عليه ، بل انما يستلزمه اذا كان تحت سلطته و مستوليا عليه كما هو واضح ٠

وبالجملة ففى كل مورد لزم من اجارة المسلم حرا كان أوعبدا من الكافر أواعارته منه او رهنه عنده سبيل عليه فلا يجوز والاّ يجوز ، وقد ذكرنا لك أوضح من ذلك فى تقرير شيخنا الاستاد ٠

قوله : ثم ان الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته ٠

أقول : يقع الكلام فى بيان الكافر ، قال المصنف ان الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته ولو انتحل الاسلام كالنواصب والغلات والمرتّد ٠

وفيه ان ماذكره عجيب من حيث المدعى والدليل اما الاول فان المرتد كافر حقيقة اذ المراد به من لم يؤمن بالله وبرسوله وبيوم الاخر ، فلا وجه لتفريع ذلك على كون المراد من الكافر من حكم بكفره ٠

نعم هذا يتم فى النواصب والغلات لدخولها تحت الكافر حكما و الاّ فهما من افراد المؤمن حقيقة اذ المراد من المؤمن فى القرآن من يؤمن بالله وبرسوله وبيوم الاخر فهم كك وان كان احدهما ناصبا لاهل البيت و الاخر غاليا فيهم ٠

واما من حيث الدليل فمن جهة ان موضوع البحث هنا هو الكافر و عدم جواز بيع المسلم منه سواء كان طاهرا أونجسا فبحث نجاسته الكافر اجنّبى عن ذلك ، بل بينهما عموم من وجه اذ قد تكون النجاسة ثابتة فى

موضع فلا يشملهم عنوان الكافر كالنواصب فانهم نجس بلاشبهة فقوله عليه السلام لا شيء انجس من الكلب والناصب بنا أهل البيت، أنجس من الكلب ومع ذلك يجرى عليهم حكم الاسلام فی الارث والنكاح وغيرهما من احكام الاسلام، وان كان شر من الكافر، نعم نجاسة الغلات ليست مسلمة، و قد يترتب حكم الكفر على مورد من غير ان تثبت فيه النجاسة كالكتابی بناء على طهارتهم لكون طهارتهم ونجاستهم مختلف فيه بين الاصحاب، و قد يجتمعان ·

وبالجملة ان البحث عن حرمة بيع المسلم من الكافر وعن نجاسة الكافر والنواصب بحثان لا تماس بينهما بوجه، اذن فلا وجه لما افاده المصنف من المدعى والدليل ومافرع عليه من الحكم ·

واما الاطفال والمجانين منهم فقد استشكل المصنف فی ثبوت الحكم لهم ·

فنقول : بناء على عدم جواز بيع المسلم من الكافر لا شبهة فی ساريته الی الاطفال والمجانين منهم اما الاطفال منهم على قسمين، لانهم اما مميزون أو غير مميزين، اما الاول : فلا اشكال فی صدق الكافر عليهم حقيقة اذ المراد من الكافر كما عرفت من ينكر الصانع ورسوله ويوم الاخرة أو يكون مشركا بالله والطفل المميز اذا انكر الصانع أو اشرك به وأنكر يوم القيامة فيصدق عليه انه كافر حقيقة ·

واما الثانی فان لم يصدق عليهم عنوان الكفر حقيقة الاّ ان الحكم ثابت لهم جزما للقطع بعدم الفصل ·

واما المجنون فتارة يكون جنونه فی حال الكفر بان كان يهوديا أو نصرانيا أوملحدا أومشركا فعرض له الجنون فی تلك الحالة فهو كافر أيضا

حقيقة فيقال انه يهودی او نصرانی او ملحد مجنون ومرتكزاته أيضامرتكزات الكفر والالحاد ٠

واخرى يكون جنونه من البدو واول الامر فهو وان لم يصدق عليه عنوان الكافر ولكن يشمله الحكم بعدم القول بالفصل جزما بين افراد المجانين ٠

هذا كله من طرف المشتری ، واما من جهة المبيع أی بيع الطفل المؤمن والمجنون المؤمن من الكافر فيظهر حكمه مما ذكرناه اذ لا ينكر صدق المؤمن على بعض افراد الطفل لعرفانه المبدء والمعاد . بل ربما يكون ايمانه اكمل من أكثر البالغين وكك لا شبهة فی صدقه على المجنون فی حال الاسلام ، فيتم الحكم فی غيرهما بعدم القول بالفصل جزما كما هوواضح ، اذ لم يقل احد بجواز بيع بعض افرادهما وبعدم جواز بعض افرادهما الاخر ثم ان مفروض الكلام فی المجنون ما اذا كان البيع له بان كان المتصدی للبيع غير مستقل فی التصرف والاّ فلوكان المتصدی له ولی له وكان كافرا ومستقلا فی التصرف كيف شاء فهذا لا يجوز بلاشبهة بناء على عدم الجواز ٠

واما المخالف فليس بكافر قطعا فلايشمله حكمه فيجوزبيع العبد المسلم منهم لاقرارهم بالشهادتين ظاهرا وباطنا واما ما دلّ على كفرهم فلا يراد بظاهرها ، فقد قلنا فی ابحاث الطهارة ان المراد من الكفر ترتب حكمه عليه فی الاخره وعدم معاملة المسلم معهم فيها ، بل يعاقبون كالكافر و لا يثاب باعمالهم الخيرية الصادرة منهم فی الدنيا كالصلاة وغيرها ٠

نعم ، بناء على عدم تزويج المؤمنة من المخالف لا يجوز بيع الامة منهم ٠

وأمّا بيعهم من الكفار ففی هنا مقامات : الاول : فی بيع السنی منهم بحيث كان معتقدا بالله وبرسوله وبيوم القيامة ولكن لم يعتقد بالولاية ، الظاهر أنه لا يجوز اذ المراد من نفی السبيل من الكافر على المؤمن هو

نفى السبيل عمن ليس بمنكر للصانع وللرسول كما هو المقصود من المؤمن فى تمام القرآن فبيعه منهم اثبات سبيل لهم على المؤمن واختصاص المؤمن فى اصطلاح اليوم باشيعة انما هو من زمان الصادقين(ع) بارادة الايمان بالولاية وان من لا يؤمن بالولاية فلا ايمان له ونحو ذلك من المؤمن الوارد فى الروايات كقولهم : المؤمن لا يقل بالمخالف فان المراد منه هو المؤمن بالولاية قطعا الاّ انه اصطلاح من زمان الصادقين عليهما السلام كما عرفت وهذا لا يوجب ارادة ذلك من الايات القرآنية مع التصريح فى القرآن بارادة غير ذلك ،حيث قال ((يؤمن بالله و برسوله)) ٠

و بالجملة انه لا يجوز بيع السنى المقر بالله وبرسوله وبالقيامة من الكافر قطعا ،لكونه مؤمنا حقيقة فيلزم من بيعه منهم اثبات السبيل عليه و قد نفى ذلك بالاية ٠

الثانى : انه يجوز بيع المخالف الذى نعلم بكونه كافرا ،و ان اقر بالشهادتين وبالقيامة ،ولكنه من الخوف وذلك كأكثر المسلمين فى زمان الرسول (ص) حيث اقروا بالشهادتين لخوف السيف من دون ان يصدقهم قلوبهم وقد سماهم الله تعالى فى كتابه بالمنافق والوجه فى ذلك هو عدم شمول الاية لهم فانهم ليسوا بمؤمنين اذ الايمان عبارة عن التصديق القلبى فليس فيهم تصديق بالله وبرسوله ولذا قال الله تعالى : ((اذا جائك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله والله يعلم انك لرسوله و الله يشهد ان المنافقين لكاذبين)) لعدم تصديقهم نبوة النبى (ص) بل هم اشد من الكفار ولذا قال الله تعالى ((ان المنافقين فى اسفل درك من النار)) ٠

وبالجملة وان قلنا ان المراد من الايمان فى القرآن غير ما هو المراد

به فى الاخبار وفى اصطلاح وان المؤمن فى القرآن معنى أعم ولكن مع ذلك لا يشمل المنافقين لعدم ايمانهم بالله اصلا ·

نعم ، يصدق عليهم الاسلام لكونه مترتبا على الاقرار بالشهادتين فقط وان لم يقارن بالتصديق القلبى فيترتب عليهم حكم الاسلام فى المعاملات ، والارث ، والذى يوضح ذلك ان الاسلام قابل بالكفر فى القرآن فى الايات الكثيرة والايمان بالاسلام فى قوله تعالى ((قالت الاعراب آمنا قل لم تؤمن ولكن قولوا اسلمنا ولمّا يدخل الايمان فى قلوبكم)) اذ لو كان المراد من الايمان هو الاسلام لما قابلا فى هذه الاية الشريفة ·

وقد منع المصنف عن بيع المخالف ولو كان منافقا نعلم كفره بدعوى ان المراد من المؤمن فى آية نفى السبيل انما هو المقر بالشهادتين ونفيه عن الاعراب الذين قالوا آمنا ولما يدخل الايمان فى قلوبكم انما كان لعدم اعتقادهم بما اقروا فالمراد بالاسلام هنا ان يسلم نفسه لله و رسوله فى الظاهر ، لا الباطن ، بل قوله تعالى ((ولما يدخل الايمان فى قلوبهم)) دل على ان ماجرى على السنتهم من الاقرار بالشهادتين كان ايمانا فى خارج القلب ، والحاصل ان الايمان والاسلام كانا فى زمان نزول الاية بمعنى واحد

وفيه : انه لا معنى لثبوت الايمان فى خارج القلب وارجاع السلب فى الاية الى ارادة عدم دخوله من الظاهر فى الباطن وذلك لان الايمان أمر قلبى لا معنى لثبوته فى خارج ، كما هو المقصود منه لغة الذى عبارة عن التصديق ، فليس المراد من الاية الاّ معناه اللغوى من التصديق فلا معنى للتصديق فى خارج القلب والتعبير بعدم الدخول ليس من جهة أن للايمان محلان · محل فى خارج القلب ومحل فى داخل القلب ، بل من جهة أن محله ليس الاّ القلب و ذلك نظير قولك لما يدخل الرحم فى قلبه

فانه من جهة ان الرحم مورد القلب لیس الاّ لا ان هنا رحم فی ظاهر القلب ورحم فی باطن القلب، وهکذا السخاوة والشجاعة والشقاوة وغیرها من الصفات والکیفیات النفسیة فان التعبیر بعدم دخولها فی القلب من جهة عدم وجود المحل لها غیر القلب کما هو واضح ،لا انها ثبتت فی خارج النفس ومن هنا ظهر ما فی ذیل کلامه ان الاسلام والایمان فی القرآن بمعنی واحد اذ لو کان واحدا لم یبق وجه للمقابلة بینهما ٠

ثم استشهد علی مراده بروایة حمران بن اعین فقد ظهر جوابه مما ذکرناه أیضا ،بل هی شاهدة علی ما ذکرناه کالایة اذ التعبیر بعدم دخول الایمان فی القلب شاهد علی ان مورده هو القلب وان الایمان لا یصدق بدونه و لیس مجرد الاقرار بالشهادتین ایمان ،بل هو الاسلام محض کما هو واضح وقد رأیت فی بعض کلمات السید شرف الدین ایده اللّه تعالی ما لا باس بنقله حیث اجاب عن قول العامة بان اصحاب الرسول کلهم عدول بانه لو کان کذلک لزم القول بان وجود النبی (ص) کان موجبا لفسق بعضهم و نفاق الاخر ،فان اللّه تعالی اخبر فی کتابه بوجود المنافق بینهم الذی اسفل درکا من الکافر فاذا مات الرسول (ص) فصار موته سببا لاتحادهم و عدالتهم مع ان اللّه تعالی یقول ((وما ارسلناك الاّ رحمة للعالمین)) فهو کلام متین فی غایة المتانة ٠

نعم لو کان الدلیل علی عدم جواز البیع هو الاسلام یعلوا و لا یعلی علیه ، أو ما عن الامیر علیه السلام اذهبوا فبیعوه (ای العبد المسلم) ولا تقروه عند لشمل المنافق أیضا ٠

قوله :ثم انه قد استثنی من عدم جواز تملك الکافر للعبد المسلم مواضع٠

أقول :بناء علی عدم جواز بیع المسلم من الکافر فقد استثنی منه أمور :

الاول : ان يكون البيع مستعقبا للانعتاق القهرى واقعا كما اذا باع المسلم عبدا مسلما من الكافر وكان اباله او باع امة وكانت من ارحامه فانه ينعتق هذا عليه بمجرد البيع فانه جائز بلاشبهة فانه لو قلنا بعدم الملكية التحقيقية ، بل مجرد الفرض والتقدير فواضح اذ ليس هنا الملكية فضلا عن ان يلزم هنا سبيل للكافر على المؤمن وان قلنا بالملكية التحقيقية اناما أيضا كك فان تملك الكافر المسلم لا يجوز اذا كانت للملكية اثر وكان ترتبه عليها سبيلا عليه وليس للملكية اناما اثر ليلزم من ترتبه عليها سبيل عليه ٠

وقد استدل المصنف على عدم الجواز بدعوى ان ذلك منّة على المسلم بان يباع من الكافر وينعتق عليه ٠

وفيه انه لو تم انما يتم موجبة جزئية لا كليًا اذ ربما لا يلتفت الكافر بالموضوع وانه ممن ينعتق عليه او بالحكم وان الانسان لا يملك بعموديه فلا يكون هنا منّة اصلا وعلى تقدير المنّة ولو موجبة جزئية فاىّ دليل دلّ على عدم جواز منّة الكافر على المؤمن ولم يرد انه لا منة للكافر على المؤمن ، فلو كانت المنّة من الكافر على المؤمن غير جائزة لزم عدم جواز الاستقراض منه مع انه جائز بلاشبهة ، بل عليه جرت السيرة القطعية الى زمان المعصومين عليهم السلام ٠

الثانى : ان يكون العبد المسلم ممن ينعتق عليه ظاهرا فهو على قسمين اذ قد يكون المقربه عبدا واقعا ولكن لا يعلم انه ممن ينعتق عليه واقعا أولا الاّ أنه يجعل ممن ينعتق عليه باعترافه بذلك فح يكون ذلك مثال القسم الاول فان قلنا بالملكية التحقيقية اناما فلا يكون مثلها موجبا لاثبات السبيل والاّ فالامر اوضح ٠

واخرى يتعرف الكافر بكون العبد الفلانى حرا ثم اكذب نفسه فاقدم على

بيعه فهل يحكم بصحة البيع مع عدم تسليم الحر منه بحسب اعترافه وان كان فى الواقع عبدا ويؤخذ منه الثمن لعدم نفوذ اعترافه فى حقوق الغير أو يحكم بصحة البيع واختار المصنف عدم الصحة بدعوى العلم الاجمالى بكونه اما صادقا فلايصح شراء الحر واما كاذبا فكذلك لعدم صحة شراء الكافر للمسلم فنعلم تفصيلا ببطلان الشراء ثم عقبه بالامر بالتأمل بعد قوله الآن يمنع اعتبار مثل هذا العلم .

والظاهر ان الامر به اشارة الى كلام صاحب الحدائق حيث فصل فى تنجز العلم الاجمالى بين ماكان فى اطرافه جامع تحقيقى يكون موضوعا للحكم ومما جعل عليه ذلك وبين ما لم يكن كذلك ، بل يكون بينهما جامع انتزاعى ففى الاول يكون العلم الاجمالى منجزا كما اذا كانت النجاسة مرددة بين هذا الكأس والكأس الاخر ، وكان الغصب مرددا بين هذا الثوب والثوب الاخر .

واما الثانى فلايكون العلم الاجمالى منجزا ، بل يكون كل من الطرفين موردا للاصل كما اذا تردد بين كون الكأس الشرقى متنجسا أو الغربى مغصوبا فانه لم يجعل الحكم على الجامع بينهما بخلاف الاول وقد نقل المصنف كلام صاحب الحدائق فى الرسائل وجعله تفصيلا فى تنجز العلم الاجمالى ثم قال هذا اذا لم يتولد منه علم تفصيلى والا فلامناص عن التنجز وعليه فمقامنا من هذا القبيل .

ولكن اشكل عليه شيخنا الاستاذ بانه لاوجه للبطلان على كل تقدير فانه على تقدير صدق الاعتراف يكون كسائر الموارد التى يجوز بيع عبد المسلم من الكافر وينعتق عليه فلايكون العلم الاجمالى منجز كما لا يخفى .

الثالث : أن يأمر الكافر بالعتق ويقول اعتق عبدك عنى فقد مرّ فى

المعاطات انه لا داعي للالتزام بالملكية هنا انا ماللجمع بين الادلة حيث انها دلّت على صحة استيفاء مال أو عمل محترم بأمر معاملي ودلّت على انه لاعتق الاّ في ملك فمقتضاه دخول العبد في ملك الآمر وخروجه عنه وعليه يكون ذلك مثل العمودين فلاشبهة في جوازه اذ ليس هذا سبيلا على المسلم وانما لملكية بمقدار تصحّ العتق فقط نظير بيع ذي الخيار المبيع فانه بيعه هذا يوجب دخول المبيع في ملكه انا ما فينتقل الى المشتري.

وان قلنا بعدم احتياج العتق الى ذلك وكفاية كون المعتق مالكا وان لم يكن المعتق عنه كك فالامر اوضح.

ومنها: اشتراط العتق في البيع.

وفيه: انه ان كان المراد منه التزلزل من جهة الشرط فهو لا يختص بصورة الاشتراط، بل يجري في جميع موارد البيع الخياري، بل الامر فيها اولى لكون الخيار والتزلزل فيها من الاول فهذا بخلافه هنا فان التزلزل انما يثبت بعد التخلف كمالا يخفى.

وان كان المراد من التزلزل من جهة كون المشروط له مالكا لاجبار المشروط عليه على البيع فهو موجود في جميع موارد مالكية الكافر للمسلم فلا يختص بصورة الاشتراط كما لا يخفى.

وبالجملة: لم تتصور وجها لهذا الاستثناء بوجه.

قوله: واما التملك القهري.

أقول: كما لو ورثه الكافر او من اجبر على بيع فمات فهل ينتقل العبد المسلم بذلك الى الكافر أو استأجر على عمل فجعل اجره العبد المسلم أو غير ذلك من الانتقالات فنقول ان كان مدرك الحكم في أصل عدم تملك الكافر المسلم هو الاجماع فلاشبهة في عدم شمول الانتقال اذ المتيقن منه هو فرض

التملك فلايشمل صورة الانتقال .

وان كان المدرك فى ذلك قوله عليه السلام فبيعوه ولا تقروه عنده فهو يدل على لزوم البيع بعد التملك فلايشمل التملك الابتدائي فضلا عن الانتقال القهرى.

وان كان المدرك هى آية نفى السبيل فبناء على شمولها الملك و كونه سبيلا أيضا فتكون معارضة بادلة الارث بالعموم من وجه لو لم تكن مقدمة عليها بالحكومة كما تقدم فى المسألة الاولى وبعد التساقط فمقتضى القاعدة كونه ملكا للامام عليه السلام اذا الفرض ان العبد خرج عن ملك الميت و لم ينتقل الى الورثة بادّلة الارث ومقتضى الاصل هو عدم انتقاله الى الورثة فيكون ملكا بلا مالك فينتقل الى الامام عليه السلام .

ولشيخنا الاستاد هنا كلام محصله ان الاية وان كانت معارضة بالعموم من وجه بادلة صحة العقود فى المسألة السابقة ولكن لا تجرى ذلك فى المقام لخصوصية المورد اذ الاضافة الملكية بين المالك والمملوك كالخيط الذى يصير واسطة بين الشيئين فاحد طرف هذا الخيط مشدود بالمال وطرفه الاخر مشدود بالملك ففى البيع ونحوه من معاوضات المالية تبدّل المالك عن طرف الخيط ولكن يبقى طرفه الاخر على رقبة المال بلا تبدّل اصلا ، بحيث يزول ملكية المالك عن الملك فيحدث له ملك آخر بالمبادلة و هذا بخلافه فى الإرث فان الاضافة المالكية الثابتة للمالك باقية على حالها غاية الإمر ينوب الوارث عن الميت بعد موته فيقوم مقامه فتقوم الاضافة معه بلا تبدل فيها اصلا ،وعليه فليس هنا ملكية جديدة ليكون هنا سبيل ، فيشمله الاية ، بل الملكية الاولية بلازوال اصلا .

وعليه فلا تكون الاية معارضة بادلة الارث ، بل تكون ادلة الارث محكمة .

وفيه ان الملكية قائمة بالاعتبار الذى لا يتحقق الا بالطرفين نظير المقولات الاضافية ، بل اخص منها فلا يعقل بقاء ذلك بارتفاع احد طرفيه بل يرتفع بارتفاعه اذن فلو قام ذلك الاعتبار بشخص آخر أو بحال آخر فيكون غير ذلك الاعتبار الاولى فهذا كالاضافات الخارجية مثلا لو كان هنا سقف فتكون هنا فوقية فاذا تبدل السقف بخيمة فتبدل الفوقية الاولية بالفوقية الثانوية فلاتبقى على حالها مع ان لها كان نحو وجود فامر الاضافة الملكية أهون من ذلك فكيف يبقى بزوال احد طرفيه اذن فتكون الملكية الحاصلة للورثة ملكية جديدة وموردا للاية كما لا يخفى فتحقق المعارضة بلاشبهة ٠

وعلى هذا فمقتضى الجمع بين الادلة كونه للامام عليه السلام اذ الفرض انه مات مالكه الاصلى ولم ينتقل الى المالك فيصدق عليه انه مال بلا مالك فتشمله لأدلة الدال على ارث الامام عليه السلام مع انتفاء الوارث٠

ولا يكون منعتقا على الميت ولا على الوارث لاصالة بقاء رقبته كما فى المتن أى لاصالة عدم حريته فيكون للامام عليه السلام ثم اعتمد المصنف الى الاجماع وقال ان العمدة في المسألة ظهور الاتفاقات على الارث وقد اشكل على ذلك بوجوه الاول ان استصحاب الرقية من القسم الثالث للاستصحاب الكلى فلايكون جاريا وذلك من جهة ان العبدية وكونه رقا للميت زال ونشك انه صار رقا لشخص آخر اما لا فيكون مشكوك الحدوث فلايكون الاستصحاب فيه جاريا فيكون حرا ٠

وفيه ان ظاهر عبارة المصنف وان كان موهما لذلك الاّ انه ليس مراده بل غرضه ان اصل الرقية كان امرا ثابتا فنشك فى صيرورته حرا أم لا فنستصحب ذلك الرقية ٠

وبعبارة أخرى أن المراد من هذا الاستصحاب هو اصالة عدم الحرية

واما كونه ملكا لا ی شخص فلیس موردا للاصل كما اذا فرضنا فرشا مع عدم من یملكه فی العالم فانه بلا مالك فلایخرجه ذلك عن المالیة و كك نفرض العبد رقا بلامالك فنستصحب ذلك حتی لوخلق شخص فملكه جاز ، بل یجری استصحاب العبودیة للمیت اذكان هو عبدا الی الان الاخیر الذی هو آن الموت فنشك فی زواله فنستصحبها ،فیكون من جملة ماتركه فلا یكون حرا ،بل لا وجه للاستصحاب اصلا اذ لا مخرج له عن عموم ماتركهالمیت فمع وجود الاطلاق اللفظی لا یجری الاستصحاب.

نعم، لوكان المشكوك والمتیقن هی العبودیة للمیت والعبودیةللوارث لجری الاشكال المذكور اذ نعلم بزوال العبودیة للمیت ونشك فی حدوثه للوارث فیكون الاستصحاب فیه من القسم الثالث ولكنه لیس بمراد المصنف.

الثانی :انه كما تجری اصالة عدم كونه ملكا للوارث فكك تجری اصالة عدم كونه ملكا للامام علیه السلام فما الوجه فی جریان الاول وعدم جریان الثانی ،فهل هو الا ترجیح بلا مرجح ،فلایثبت كونه ملكا للامامباصالة عدم كونه للوارث، الاّ بالملازمة العقلیة لانحصار الوارث بینهما فقد حقق فی الاصول عدم اعتبار الاصول المثبتة.

وفیه ان كونه ملكا للوارث باصالة عدم كونه ملكا للامام لیس الاّ باللازمة العقلیة كما قرر فی الاشكال ،فیكون الاصل مثبتا ولكن كونه للامام (علیه السلام) باصالة عدم كونه للوارث لیس من جهة الملازمة العقلیةلیكون الاصل مثبتا ،بل من جهة انه یحرز بذلك الاصل احد جزئ الموضوع المركب اعنی عدم الوارث والجزء الاخر فهو ماتركه المیت محرز بالاصل فتشمله عمومها دّل علی وارثیة الامام (علیهالسلام) فیما تركه المیت ولیس له وارث.

وبعبارة اخری ان ارث الامام علیه السلام فی طول الطبقات الوارث

فبانتفاء الطبقات الاولية تنتهى النوبة الى الطبقات الثانوية فبالاصل نحرز عدم الوارث فى الطبقة الاولى ، فبالوجدان تحقق ماتركه الميت ، فيكون الموضوع المركب من جزئين احد جزئيه محرزبالوجدان والاخربالاصل محققا فتشمله ادلة وارثية الامام عليه السلام لمن لاوارث له ، وهذا بخلاف نفى الطرف الاخر فان اثبات الوارث باصالة عدم ارث الامام (عليه السلام) مثبت فلا تجرى كما لا يخفى .

وهكذا الامر فى جميع الموارد من الشبهات الحكمية والموضوعية .

اما الشبهات الموضوعية كما اذا مات شخص فنشك فى وجود وارثه فى الطبقة الاولى ، فباصالة عدم الوارث مع صدق ماترك على مابقى منه من امواله يثبت الموضوع المركب لارث الطبقة الثانية .

واما الشبهة الحكمية فكما اذا تسبب احد فى قتل ابيه فنشك ح فى جواز ارثه وعدمه مع عدم وجود اطلاق يتمسك به ، فالاصل عدمه فبضم الوجدان يتحقق التركة اليه يتم موضوع ارث طبقة الثانية .

ثم لا يخفى ما فى كلام الشيخ هنا من المسامحة الواضحة حيث قال ان آية نفى السبيل تنفى مالكية الكافر ووجه المسامحة ان النافى لمالكية الكافر هو الاصل دون الاية ، فان الفرض انها كانت معارضة بادلة الارث وساقطة لاجلها .

قوله : هل يلحق بالارث كل ملك قهرى او لا يلحق؟

أقول : قدعرفت ان المصنف اشكل فى شمول ادلة الارث للمقام ، بل اعتمد فى المسألة الى الاجماع فقط ، وعليه فهل الحكم ثابت فى جميع النواقل القهرية اويختص بالارث فقط ، فالظاهر هو العدم كما فى المتن على حسب مبناه ، فان الحكم الثابت بالاجماع يقتصر فيه على المقدار المتيقن فهو الارث

ومع التنزل يتعدى الى سائر النواقل القهرية الغير الاختيارية واما النواقل القهرية الاختيارية فلا ·

قوله :او يفرق بين ماكان سببه اختياريا اوغيره ·

أقول :غرضه من اختيارية السبب وغيرها ليس كونه اختياريا للكافر الذى يريد تملكه ، بل كونه اختياريا للاخر ،أى المملك والاول كالفسخ فى البيع الخيارى ، بان اشترى المسلم عبدا من الكافر ببيع خيارى وفسخ العقد فان فسخه هذا مملك للكافر قهرا بامر اختيارى فهو الفسخ ·

والثانى : كتلف المبيع فى زمن الخيار أو قبل القبض فيما اذا كان العبد ثمنا بان باع المسلم متاعا من الكافر وجعل ثمنه العبد المسلم أو عبدا اسلم بعد البيع وان كان كافرا قبله ،فان التلف فى زمن الخيار أوقبل القبض مملك للعبد من الكافر بملك جديد الاّ ان الملكية باقية بمقدار ما و انما يستقر بالفسخ لعلا يكون ملكا جديدا كما توهم ·

قوله : ومنه يعلم انه لو لم يبعه باعه الحاكم ويحتمل ان يكون ولاية البيع للحاكم مطلقا ·

أقول : قدعرفت انه لا يقر المسلم فى ملك الكافر وعليه اذا باعه فبها والاّ فيتصدى الحاكم بالبيع ثم هل للحاكم ولاية مطلقة على ذلك بحيث ليس للكافر ان يتصدى على ذلك ،او ليس له ولاية مطلقة وانما يتصدى بالبيع مع اباء الكافر عنه واحتمل المصنف الاول ، بل عن الايضاح انه تزول ملكيته اصلا وليس له الاّ استيفاء الثمن ،واختار شيخنا الاستاذ ان يكون للحاكم ولاية مطلقة تمسكا بقوله عليه السلام فى عبد كافرا سلم اذهبوافبيعوه من المسلمين وادفعوا اليه ثمنه ولا تقروه عنده ،فانه لو كان امرالبيع راجعا الى الكافر لقال عليه السلام الزموه ·

وفيه اولا : انه امر غالبي اذ لا يرض المالك ببيع ماله باختياره ،فلذا امر(ع) بالبيع ويؤيد ذلك ذيل الرواية ولا تقروّه عنده ،اذ يعلم من ذلك ان الغرض عدم بقائه عنده لاكونه مسلوب الاختيار عن ماله .

وثانيا :الآمر بالبيع هو الامير عليه السلام فله الولاية المطلقة على جميع الناس واموالهم ،فأمر في مورد خاص بالبيع لا يدل على جوازه بدون اذن الكافر في سائر الموارد،ويظهر النتيجة في ذلك فيما لو اراد الكافر أن يزيل ملكيّة عبده عنه بنحو خاص كبيعه لشخص خاص من المسلمين أو وقفه على جهة خاص وهكذا فعلى القول بجواز تصديه بالبيع فله الاختيار في ازالة ملكيته باى نحو شاء وعلى القول بكون الولاية للحاكم فليس له ذلك بل الاختيار التام في يد الحاكم فليس له الاّ استيفاء الثمن ليس الاّ .

واما كلام الايضاح من زوال الملك بنفسه وليس للمالك الاّ استيفاء الثمن مخالف للنص والفتوى كما لا يخفى .

والحق ان سلطنة البيع للمالك لعموم دليل السلطنة وانه ليس محجورا فيها وتوهم كونه سبيلا فاسد اذ لا يصدق السبيل على ازالة الملك بالجبر و الآلتزام ،بل هو ذلة عليه من الشارع المقدس فكيف يكون سبيلا .

قوله :وكيف كان فاذا تولاه المالك بنفسه ،فالظاهر انه لاخيار له .

أقول :فاذا وجب البيع للمالك سواء تصدى اليه بنفسه أو تصدا ه الحاكم فهل يجوز جعل الخيار فيه أو نقله ببيع غير لازم كالمعاطات بناء على عدم افادته الاّ الملك المتزلزل أو لا يجوز ،بل لا بد وان ينتقل ببيع لازم كما لا يخفى ،ذهب المصنف الى عدم ثبوت الخيار هنا لتقدم آية نفى السبيل على ادلة الخيارات كما تقدمت على ادلة البيع حكومة وخالف في ذلك مع صد فحكم بثبوت الخيار والرد بالعيب تبعا للدروس قال لان العقد لا يخرج عن

مقتضاه بكون المبيع عبدا مسلما لكافر لانتفاء المقتضى لان نفى السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه فعلى هذا لوكان البيع معاطاة فهى على حكمها ولو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه احكامها ٠

ويرد عليه ما فى المتن من ان نفى السبيل لا يخرج منه الاّ الملك الابتدائى الخ ٠

وربما قيل بابتناء الحكم على ان الزائل العائد كالذى لم يزل ، أو كالذى لم يعد ،فان قلنا بالاول ثبت الخيار لان فسخ العقد يجعل الملكية السابقة كأن لم تزل وقد امضاها الشارع وامر بازالتها بخلاف ما لو كان الملكية الحاصلة غير السابقة فان الشارع لم يمضها ٠

وقد ذكرت الشافعية هذه فى مواضع متعددة منها فى بيع المعاطات بناء على كونها مفيدة للملك الجائز ذكروا ان ماانتقل بالمعاطات لوانتقل الى غيره بعقد جائز كالهبة ثم ارجع ذلك بالفسخ ،فهل يبقى الحكم الاولى أو لا ؟ فذكروا هنا هذه القاعدة ومنه مانحن فيه ٠

ولكن لا يبتنى ذلك على أساس صحيح ،اذ بعد ثبوت الحكم له بآية نفى السبيل لاوجه للفسخ بتوهم ان الزائل العائد كالذى لم يزل وبعدمه لانه كالذى لم يعد ،وبالجملة فلابدّ من الاقتصار فى تخصيص الاية على القدر المتيقن ،نعم مثل هذه العبارات لها صورة لفظية فقط ليس الاّ كما لا يخفى ٠

قوله (ره) :ويشكل فى الخيارات الناشئة عن الضرر من جهة قوة دلة نفى الضرر فلايبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم ٠

أقول :فصّل المصنف هنا بين ماكان دليله نفى الضرر وماكان دليله غير نفى الضرر ،فاما الخيارات التى دليلها غير دليل نفى الضرر ، فحكم

بتقديم آية نفى السبيل على ادلة الخيارات كتقدمها على ادلة البيع، فلا يثبت الخيار للمسلم أو للكافر لكونه موجبا لتملك الكافر العبد المسلم . فهو سبيل منفى، نعم لا بأس بثبوت الارش فى مثل خيار العيب اذ ليس فى مطالبة الارش سبيل .

واما الخيارات التى تثبت بادلة نفى الضرر فنقول فيها بثبوت الخيار فى البيع للمسلم دون الكافر من جهة قوة ادلة نفى الضرر فيثبت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع ولكن مع ذلك لا يثبت للكافر خيار فان هذا الضرر انما حصل من كفره الموجب لعدم قابليته تملك المسلم الاّ ما خرج بالنص والاّ لكان مالكا ،فالضرر مبين على اقدامه وبالجملة ان هنا تفصيلان يكون الثانى مترتبا على الاول وان شئت فقل ان هنا تفصيل واحد منحل الى تفصيلين .

ويرد عليه وجوه على ماذكره شيخنا الاستاذ و ان لم يرد بعضها الاول انه لو كان الدليل هو ادلة نفى الضرر فلا يفرق فى ثبوت الخيار بها ،بين المسلم والكافر ، بل يثبت لهما ، و ذلك لان ايجاد المقدمات الاعدادية للضرر لا يوجب منع شمول أدلة نفى الضرر على الاحكام الضررية المتوجهة على ذلك الشخص المعدّ لمقدمات الضرر ، بل المناط فى شمولها لموضوعها كون الحكم الشرعى ضرريا على المكلف بحيث يلزم من الالزام و التكليف ضرر عليه ،وعليه فالكافر وان كان بنفسه هيأ مقدمات الضرر و كفر باختياره ولكن لا يمنع ذلك عن شمول ادلة نفى الضرر لما ترتب على ذلك المقدمة الاعدادية اعنى الحكم ليكون البيع العبد المسلم عليه لازما ولوكان ضرريا ،بل هذا الحكم الضررى يوجب خيارية العقد فيثبت له الخيار أيضا ولو كان ايجاد المقدمات الاعدادية للضرر موجبا بمنع شمول أدلة الضرر

علیه فلزم القول بعدم شمولها لامثاله فی سائر الموارد أیضا ،مثلا فلو لم یتحفظ المكلف نفسه من البرد فمرض فلازم ماذكره المصنف عدم ارتفاع الاحكام الضرریة عنه لعدم شمول ادلة نفی الضرر علیه .

وكذلك اذا لم یتسهر فعجز عن الصوم ولزم منه ضرر علیه فلازمه عدم جواز الافتطار لكون الضرر مبنیا علی مقدمة اعدادیة هیهأ بنفسه ، وهكذا اذا سافر الی مكان لزم الصوم فیه أو اتیان امر واجب ضرر علیه للحرارة أو للبرودة اوغیرهما فلازم ماذكره المصنف هو عدم شمول ادلة نفی الضرر علیه وهكذا ففی المقام ان الكافر وان كفر نبفسه واستعد لتوجه الضرر علیه ولكنه لا یمنع عن توجه ادلة نفی الضرر علیه وشمولها له كما هو واضح .

وبالجملة لو ثبت الخیار لادلة نفی الضرر فیثبت لهما والاّ فلا یثبت لهما فلاوجه للتفصیل فاختیار أحد اطراف الامر التخییری لیس بضرر مع اختیاره الطرف الاخر ولكنه لیس بتمام وكلام المصنف تمام من هذه الجهة .

وذلك من جهة أن الاحكام الضرریة وان ارتفعت بادلة نفی الضرر سواء ترتبت علی المقدمات التی أوجدها شخص المتضرر أو لا ولكن ما نحن فیه لیس كك فان جواز الفسخ الذی هو معنی الخیار الموجب لتملك الكافر وهكذا بجواز بیع العبد المسلم منه مشروط باسلام الطرف والاّ فلا یجوز فحیث ان الكافر فاقد لهذا الشرط مع كون تحصیله فی اختیاره فلا یجوز فسخ عقده وان كان الفاسخ مسلما فعدم جواز الفسخ للكافر وجوازه للمسلم لیس ضرریا علی الكافر ،فان فی قدرته ان یسلم ویفسخ ،ولكن باختیاره یختار البقاء علی الكفر وهذا نظیر اشتراط البیع بالخروج من الدار مثلا ،والاّ فلا بیع، فلا یقال ان من لم یخرج منها مضطر الی البیع اذ هو باختیاره لم یخرج وهكذا وهكذا .

نعم ، لوكان الامر منحصرا بالفسخ فى حال الكفر فقط ومع ذلك منع عن الفسخ يكون ذلك ضرريا عليه فليس كك وهذا نظير ماكان التوضى بالماء البارد ضررا وكان عنده ماءان ، فلايتوهم ان الوضوء ضرر عليه فيرتفع بادلة نفى الضرر ، بل هو متخير بين الامرين فمع اختيار احدهما يكون الحكم ضرريا عليه لا مطلقا ففى المقام أيضا كك .

والحاصل : ان الضرر لا يترتب على الكفر الذى توهم كونه من المقدمات الاعدادية للضرر ، بل الضرر مترتب على ترك الاسلام وعدم قبوله وهو باختياره ترك الاسلام فلم يتمكن من الفسخ والاّ لجاز فسخه لواختار الاسلام .

الثانى : ماذكره من أن ادلة نفى الضرر لا يمكن ان يكون دليلا لشىء من الخيارات ، كما سيأتى فى بابها لعدم تكفلها على اثبات الحكم ، وانما مفادها رفع الحكم الضررى فقط ، وانما دليل مثل خيار الغبن ونحوه الذى توهم كونه ادلة نفى الضرر دليلا له هو الشرط الضمنى الذى يثبت الخيار من جهة التخلف به كما هو واضح .

الثالث : لوسلمنا كون ادلة نفى الضرر صالحا للدليلية على بعض الخيارات ولكن ليس مقتضاه ثبوت الخيار هنا وتوضيح ذلك انه لوقلنا بعدم حكومة آية نفى السبيل على ادلة البيع والخيارات كما منع عنه المصنف فيما تقدم حيث قال وحكومة آية نفى السبيل على ادلة البيع غير معلومة ، فحينئذ تقع المعارضة بينهما فى مورد بيع العبد المسلم من الكافر وفسخ البيع الموجب لتملك الكافر العبد المسلم معارضة العموم من وجه ، فحينئذ تصل النوبة الى الاصل العملى فهو فى المقام استصحاب لزوم العقد اذن فيتقدم عليه دليل نفى الضرر فيثبت ماذكره المصنف الاّ أنه لم يقل به المصنف ، فان قلنا بالحكومة كما هو ظاهر المصنف ، وان كان منع عنه سابقا ولكن ظاهر كلامه

العدول عنه بعده بان تكون آية نفى سبيل حاكمة على ادلة الخيارات و البيع كحكومة ماجعل عليكم فى الدين من حرج على الاحكام الرجحية فح تقع المعارضة بينها وبين ادلة نفى الضرر لكون كل منهما حاكما على الادلة الاولية فالمعارضة بين الدليلين الحاكمين اذ الاية تنفى الخيار لكونه موجبا لتملك الكافر المسلم وسبيلا عليه وادلة نفى الضرر تثبته لكون لزومه ضرريا فح لا وجه لتقديم ادلة نفى الضرر على الاية من جهة قوة ادلتها لعدم الوجه على قوتها، اما من حيث السند فالاية مقطوعة الصدور بخلاف ادلة نفى الضرر فانها غاية الامر موثقة واما بحسب الدلالة فكك أيضا لأن المفروض أن الاية شاملة لموارد تملك الكافر المسلم فلو لم تكن الآية متقدمة على أدلة نفى الضرر لقوتها فلا تتقدم أدلة نفى الضرر عليها لذلك كما لا يخفى ، فافهم ٠

ثم ان هنا توهما اشار اليه العلامة فى القواعد ولم يسبقه أحد من انه لو باع الكافر العبد المسلم من المسلم فوجد فى الثمن عيبا جاز له ردّ الثمن واما استرداد العبد ففيه نظر، بل يرد بدله والاّ يلزم السبيل المنفى بالآية ٠

واجاب عنه المصنف بان فى ردّ البدل أيضا سبيل ولذا حكموا بسقوط الخيار فيمن ينعتق على المشترى ولولا هذا لامكن توجيه كلامه ان مقتضى الجمع بين الادلة ونفى السبيل ثبوت الخيار والحكم بالقيمة فيكون نفى السبيل مانعا شرعيا من استرداد الثمن كنقل المبيع فى زمن الخيار و كالتلف الذى هو مانع عقلى ٠

واما ماذكره المصنف فلاوجه له بوجه فان استحقاق الكافر البدل ليس سبيلا على المسلم والاّ لزم كون استيفاء الثمن أيضا سبيلا وأما سقوط الخيار

فى بيع من ينعتق على الكافر فمن جهة عدم قابلية المورد لذلك لصيرورته حرا بمجرّد البيع فلا يبقى مجال للرجوع الى البدل أيضا ، و اما مطالبة القيمة فى التلف فى زمن الخيار أو النقل فيه الذى لا يمكن ردّ العين فيه فمن جهة ان للمالك حق مطالبة عين ماله فحيث لا يتمكن منه فيطالب ببدله لا أن له الخيار بحيث يفسح العقد ويطالب ببدله أوقيمته فانه لا دليل عليه بوجه كما هوواضح ·

وأما ماافاده العلامة ففيه انه ان ثم دليل الخيار فيسترد العين و الاّ فلا، واما ردّ القيمة فلامقتضى له أصلا ثبت له الخيار ام لم يثبت و محصل الكلام من الاول وتحقيقه ونتيجته فى المعاملات فهو اما انه تارة نقول باختصاص الاية بنفى الجعل تكوينا بمعنى ان الكافر ليس له سبيل تكوينا على المؤمن كما استفيد ذلك من الاية صدرا وذيلاوباتيان النفى بلن وحيث ليس فى الدنيا كك فتختص بالاخرة خصوصا بقرينةقوله تعالى : ((ان اللّه يحكم بينكم يوم القيمة)) وعلى هذا فتكون آية أجنبية عن المقام بالكلية ·

واخرى نقول باختصاصها بالنفى التشريعى ،أى لن يجعل اللّه فى عالم التشريعى سبيلا للكافرعلى المؤمن ،فتكون ح حاكمة على جميع الاحكام الاولية كحومة نفى العسر والحرج عليها وعلى هذا فان لم تشمل الملكية او شككنا فى شمولها عليها فكالاول فلا تشمل المقام ،و ان كانت شاملة عليها لكون ملكيّة الكافرعلى المسلم سبيلا عليه ،وسلطنة عليه فكما تكون حاكمة على سائر الاحكام ،فتكون حاكمة على العمومات الدالة على حصول الملك كأوفوا بالعقود ،ونحوه ،فلايجوز بمقتضى الاية بيع العبد المسلم من الكافر وتملكه له الاّ فيما دل دليل الخاص على جواز التملك

كما ادعى الاجماع على ذلك فى الارث واما فى غير موارد الاجماع و عدم الدليل على التملك فتكون آية نفى السبيل محكمة كاذهب اليه المصنف.

وان كانت الاية شاملة لكل من نفى الجعل التشرعيّة والتكوينية بارادة الجامع من السبيل الشاملة لهما وشملت للملكيّة أيضا فلاتكون الاية حاكمة على سائر الاحكام ولا على ادلة صحة المعاملات فان حكومتها عليها فى فرض اختصاصها بالنفى التشريعى وعلى فرض ارادة الجامع فيكون النفى التشريعى من مصاديق الاية ،وح تقع المعارضة بينها وبين أدله صحة المعاملات ((كأوفوا بالعقود)) بالعموم من وجه فحيث ان عموم دليل الوفا بالعقد وضعى لكونه جمعا محلا باللام ،وعموم الاية بالاطلاق لكونه من جهة وقوع النكرة فى سياق النفى الذى ثبت عمومه بمقدمات الحكمة فيكون أوفوا بالعقود مقدما على آية نفى السبيل اذا فيحكم بجواز بيع العبد المسلم من الكافر.

هذا كله فى المعاملات التى تقدمت، واما الخيارات فأيضا أن أريد من الاية خصوص النفى التكوينى فتكون اجنبية عن المقام ،وان اريد منها النفى التشريعى فتكون حاكمة أيضا على جميع الاحكام ومع ذلك لو لم تشمل للملكية أو شككنا فى شمولها لها فتكون أجنبية عن المقام أيضا فلا تكون حاكمة على أدلة الخيارات كما لم تكن حاكمة على أدلة البيع أى اجنبية عن ما نحن فيه.

وان قلنا بشمولها للملكّية أيضا فتكون حاكمة على أدلة الخيارات كما كانت حاكمة على أدله المعاملات فيحكم بلزوم البيع ولزوم سائر المعاملات الواقعة عليها عند نقل الكافر ذلك من ملكه الى غيره.

وان قلنا بعموم الاية للنفى التكوينى والتشريعى بارادة الجامع من

السبيل فلاتكون حاكمة ،ح على ادلة الخيارات كما تقدم فى المعاملات بل تقع المعارضة بين الاية وبين أدلة الخيارات بالعموم من وجه و بماانا ذكرنا فى الاصول انهاذا تعارضة الاية مع الروايات بالعموم من وجه تتقدم الاية على الرواية لشمول الاخبار المتواترة الامرة بطرح ماخالف كتاب الله أو أنه لم نقله أو زخرف الى غير ذلك من المضامين لصورة المعارضة بالعموم من وجه فاذا تتقدم آية نفى السبيل على أدلة الخيارات٠

ولكن لا تجرى هذه الكبرى فى خصوص المقام ولا تنطبق عليه و ذلك من جهة انا لا نحتمل جواز بيع العبد المسلم من الكافر وعدم جواز فسخه العقد، بل اذا جاز البيع جاز الفسح بطريق اولى وهذا بخلاف العكس ، فانه يمكن الالتزام بجواز الفسخ ولا نلتزم بجواز البيع وعلى هذا فتقديم الاية على أدلة الخيارات يستلزم عدم جواز الفسخ وقد قلنا بجواز البيع بتقديم دليل الوفاء بالعقد على آية(نفى السبيل) وعلى هذا لو قدمنا الاية على أدلة الخيارات فلازمه تقديمها على أدلة البيع أيضا ،لوقوع المعارضة بين الاية((نفى السبيل)) و بين آية((اوفوا)) بالملازمة المذكورة فحيث عرفت أن عموم أية اوفوا بالعقود بالوضع و عموم آية نفى السبيل بالاطلاق ، فتكون آية اوفوا ،مقدمة على آية نفى السبيل فتكون أدلة الخيارات مقدمة عليها لتعاضدها بآية ((أوفوا)) ٠

وبالجملة عند معارضة الاية مع الرواية بالعموم من وجه وان كانت الاية مقدمة على الرواية وليس ذلك لتعارض الايتين ليحكم بالتساقط لو لم يكن فى أحدهما ترجيح بحسب الدلالة ولكن اذ تعاضدت الرواية بآية تكون تلك الاية فى نفسها عند معارضتها بآية الاخرى المعارضة مع الرواية مقدمة عليها فقهرا تكون الرواية أيضا مقدمة على الاية لاجل تلك المعاضدة ،كما

لا یخفی ٠

اذن فلابد من العمل بأدلة الخیارات فیثبت جواز الفسخ للکافر و للمسلم کلیهما ، کما کان جواز البیع ثابتا لهما بان یبیع المسلم العبد المسلم من الکافر ، غایة الامر بمجرد الفسخ یجبر علی البیع ثانیا کما انه یجبر علی البیع مع الشری ابتداء ٠

هذا کله بالنسبة الی أدلة الخیارات غیر ما اذا کان المدرك هی قاعدة لاضرر ، فلاشبهة أن کل واحد من قضیة لاضرر وآیة نفی السبیل یکونان حاکمتین علی الادلة الاولیة فی عرض واحد وتقع المعارضة بین الدلیلین الحاکمین بالعموم من وجه فما ذکره المصنف من تقدیم أدلة نفی الضرر لقوته علی الایة بلا وجه ، بل لابد من تقدیم الایة علی القاعدة بناء علی ماذکرناه من لزوم تقدیم الایة علی الروایة عند المعارضة بالعموم من وجه و یتساقطان فتصل النوبة الی أدلة صحة البیع ولزومه ، لان المانع عنه انما کان هو دلیل نفی السبیل للحکومة فاذا ابتلی بالمعارضة فانتفی العموم الدال علی لزوم ٠

ولکن لخصوصیة المورد أیضا لابد من تقدیم قاعدة لا ضرر علی الایة لمعاضّدتها بآیة ((أوفوا بالعقود)) فان تقدیم آیة ((نفی السبیل)) بالملازمة تنفی تقدیم آیة ((اوفوا بالعقود)) فان نفی الخیار والحکم بلزوم البیع بآیة نفی السبیل تقدیمها علی دلیل الوفاء بالعقود اذ لا یحتمل الالتزام بعدم جواز الفسخ و الالتزام بجواز البیع ، بل لو التزمنا بعدم جواز الفسخ فعدم جواز البیع اولی کما تقدم ، اذن فالمعارضة بین آیة ((نفی السبیل)) و قاعدة ((لاضرر)) المعاضدة بآیة ((أوفوا بالعقود)) بحیث ان عموم دلیل الوفاء بالعقد وضعی وعموم آیة نفی السبیل اطلاقی ، فیتقدم علی آیة نفی السبیل فیحکم بجریان الخیار فی بیع العبد المسلم علی الکافر للمسلم و الکافر بناء

على صحة كونها مدركا لثبوت الخيار ٠

فتحصل أنه لا دليل على عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر و عليه ففي كل مورد تحقق الاجماع على المنع كما في البيع ابتداء فيتبّع والاّ فيحكم بالجواز، كالفسخ ، اذ لا نطمئن بشمول الاجماع للفسخ أيضا ، فاذا فسخ الكافر العقد وتملك العبد ثانيا فأجبر على البيع أيضا ثانيا كما لا يخفى ٠

استدراك مما تقدم وهو انا ذكرنا تقديم عمومات الصحة على آيه نفى السبيل عند معارضتها معها أو بأدلة الخيارات وكذلك ذكرنا تقديم أدلة نفى الضرر على آية نفى السبيل عند حكومتها وحكومة آية نفى السبيل على سائر الأدلة الاّ أن هذا الاخير ممنوع، اذ بعد حكومة الاية مع ادلة نفى الضرر على سائر الأدلة لا وجه لمعاضدة أدلة نفي الضرر بالعمومات بالملازمة كما كان هو الميزان فى تقديمنا أدلة المضار على غيرها ٠

فى حرمة بيع المصحف من الكافر

قوله : المشهور عدم جواز نقل المصحف الى الكافر ٠

أقول : ان قلنا بعدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر، وكان المدرك فيه هو الاجماع، فلا شبهة فى عدم شموله للمصحف لا يمكن التعدى من مورده الذى هو المتيقن منه ، وان كان المدرك الاية أو الروايات، فقد أدعى شمولها بالمصحف بالاولوية القطعية الاّ أنها ممنوعة كما هو واضح ٠

و توضيح ذلك ان محل الكلام هنا انما هو مطلق نقل القرآن الى الكافر ولو بالهبة والارث، بل لو ملكه المسلم فكفر فهو أيضا داخل فى محل النزاع حتى لو كتبه فى قرطاس و نحوه والاّ قد منع بعضهم كالمصنف و غيره من

الاعاظم من بیع المصحف من المسلم أیضا ٠

ثم ان هذا فیما لم یکن النقل مستلزما للجهات الخارجیة الطاریة علی النقل من مثل الهتك أو مسّ الید ،والاّ فیکون داخلا فی بیع المباح ممن یعلم أنه یصرفه فی الحرام کبیع العنب ممن یعلم انه یجعله خمرا وبیع الخشب ممن یعلم أنه یصنعه صلیبا أو صنما ٠

وبالجملة فمحط البحث هنا ماإذا کان النظر الی مجرد النقل فقط کأن اشتراه الکافر مثلا لیوقفه علی المسلمین أو یجعله فی مکتبة أویحفظه فی صندوق ونحو ذلك ،وأما لو اقترن الی الجهات الخارجیةفلااشکال فی الحرمة من غیر اختصاص له بالکافر أصلا ،ثم لاوجه للحکم بالکراهة هنا کما توهم ، بل ان تم الدلیل فیحکم بالحرمة والاّ فیحکم بالجواز بلاکراهة ٠

ثم ان کان مدرك الحکم فی حرمة بیع العبد المسلم من الکافر هو الاجماع فلا شبهة فی عدم شموله للمصحف لکونه دلیلا لبیّا فیراد بهالمتیقن

وان کان المدرك هو آیة نفی السبیل أو الروایات فیستدل بها علی المقام بالفحوی کما سلکه المصنف و هو من ان الوجه فی ذلك هو لزوم مراعات احترام المؤمن احتراما یقتضی نفی سبیل الکافرعلیه وهو یستدعی بالاولویة القطعیة حرمة بیع المصحف أیضا ،اذ هو أعظم احتراما و درجة من المؤمن، بل علیه یدور اساس الاسلام ،بل لو دار الأمر بین حفظه و حفظ الاف من المؤمنین یکون حفظه مقدما علیهم کما کان الامر کذلك من صدر الاسلام و بدوه ٠

وعلی هذا فاذا نفی سبیل الکافرعلی المؤمن فبالاولویة ینفی سبیله علی القرآن أیضا فیحرم نقله الیه بأی عنوان کان ٠

و فیه اولا نمنع کون مناط المنع فی بیع العبد المسلم من الکافرهوالاحترام

و حفظ شئون المؤمن ، بل يمكن ان يكون الوجه فيه هو شيء آخر وهو مبغوضية نفس تملك الكافر أو حكمة أخرى لا سبيل لنا اليها .

وعلى تقدير قبول المناط فنمنع الاولوية فى ذلك اذ لا نسلم ان يكون احترام مطلق القرآن أولى من احترام المؤمن ، بل انما هو نشأ من الخلط و الاشتباه اذ مايجب احترامه وفداء النفوس له و الجهاد لحفظه انما هو القرآن الكلى الجامع بين الاشخاص بحيث بزواله زال الدين و انهدم شريعة سيد المرسلين و قد استفدى بذلك الانبياء و الاوصياء نفوسهم فضلا عن المؤمنين ، بل ما من امام الا وقد قتل لاحياء القرآن وقوانينه و هذا أمر واضح لا شبهة فيه .

وأما كون حفظ شخص القرآن المطبوع فى مطبعة فلانية أولى من المؤمن غير معلوم ، بل معلوم العدم ، فان حفظ المؤمن أعظم درجة من ذلك و لا نحتمل ان يشك أحد فى أنه لو دار الأمر بين اتلاف قرآن بالقائه بالحبل المشدود فيه لانقاذ مؤمن وبين تلف المؤمن أن انقاذ المؤمن مقدم ، وكذلك لو دار الأمر بين موت مؤمن جوعا و بين اتلاف القرآن لحفظه فلا شبهة فى كون الأول مقدما على الثانى .

وبالجملة ما يكون حفظه أولى من حفظ المؤمن فخارج عن محل الكلام و ما ليس كذلك فلا نسلم الاولوية فيه .

على أنه ربما يكون البيع موجبا للاحترام اذ كثيرا ما يطالعه و يهتدى به فلو لم يباع كيف يطلع على قوانينه الوافية يتهدى به فأحترامه يقتض البيع لعله يوجب الارشاد و توهم استلزامه الهتك مدفوع لما عرفت ان محل الكلام انما هو مع قطع النظر عن الجهات الخارجية كما لا يخفى .

وعلى تقدير ثبوت الحكم هنا ، فهل يثبت فى الاخبار المتواترة فيه

خلاف، ولا شبهة فی عدم الشمول لو كان المدرك هو الاجماع لعدم شموله للمصحف فضلا عن شموله للاخبار المتواترة ·

وأما لو كان مدرك الحكم هی الاية أو الروايات فأيضا لا تشمل الاخبار المتواترة لعدم الاولوية هنا قطعا لو كانت ثابتة فی المصحف بل يكفينا الشك كيف فهل يتوهم أحد أنه اذا دار الأمر بين حفظ النفس وبين حفظ الخبر المتواتر أن حفظ الخبر المتواتر مقدم ·

وعلى تقدير ثبوت الحكم فی الخبر المتواتر فلا يشمل الخبر الواحد، فان مجرد الحجية لا يوجب ثبوت جميع الاحكام عليه كما ذهب اليه شيخنا الاستاذ ثم العجب من المصنف حيث استشكل فی دليل الحكم واستحسن ما ذكروه فانه لا ندری انه بعد التأمل فی المدرك هل الفتوی بلا دليل حسن و هو أعرف بالحال ·

القول فی شرائط العوضین

قوله : یشترط فی كل منهما كونه متمولا ·

أقول : محصل كلامه أن من جملة شرائط العوضين أن يكون متمولا لأن البيع فی اللغة مبادلة مال بمال ، و بهذا يحترز عما لا نفع فيه كالخنافس و الديدان لخستها ، وكذلك مثل الحبة من الحنطة فما لم يتحقق فی الشیء التمول و الانتفاع به فاحرز كونه أكلا للمال بالباطل عرفا ، فالظاهر فساد المعاملة و ان لم يحرز فيه ذلك ، فان ثبت بدليل أو اجماع انه لا يجوز بيعه اخذ به والاّ فيرجع الى عمومات صحة البيع والتجارة والى الرواية الخاصة و هی قوله عليه السلام فی رواية تحف العقول و كل شیء يكون لهم فيها الصلاح

من جهة من الجهات فكل ذلك حلال بيعه و شراؤه ·

و فى كلامه مواقع للنظر، الاول :اعتبار المالية فى العوضين فى البيع لقول المصباح و ذلك لعدم حجية قوله ، يكفى فى صحة المعاملة على ماليس بمال مجرد الغرض الشخصى ،كما اذا اشترى مكتوبة جده بقيمه عالية للابقاء مع عدم كونها قابلة للمعاوضة أو اشترى خنفساء بقيمة أو عقربا بقيمة كذا، للجل المداوى ونحوها كما لا يخفى ،وقد تقدم فى أول البيع جواز كون الحقوق ثمنا فى المعاملة بان باع شيئا ليرفع المشترى يده من حقه الفلانى صحيح والوجه فى ذلك كله هو ان البيع تبديل بين الشيئين برفع اليد عن أحدهما وجعل الاخر موردا للحق كما لا يخفى ،فغاية الامر يمنع ذلك عن التمسك بعمومات مادّل على صحة البيع بالخصوص ،واما مادّل على صحة مطلق العقود والتجارة عن تراض فلا ،اذ لا شك فى صدق التجارة عن تراض ،والعقد على المعاملة الجارية على ماليس بمال لما عرفت فى بعض تنبهات المعاطات أن فى العرف لا يصدق عليه البيع، بل الثمن و المثمن على العوضين بل يصدق عليه مجرد المبادلة والمعاوضة كتبديل ثوب بثوب وعباء بعباء ،وهكذا ،ولا شبهة فى صحة ذلك لأوفوا بالعقود، وتجارة عن تراض ،و السيرة القطعية كما هو واضح ·

والثانى : ماالتزم به من انه مع الشك فى التمول ان احرز كون المعاوضة أكلا للمال بالباطل فيكون فاسدا ·

و وجه الضعف انه بناء على كون المراد من الاية ما فسّر به المصنف من ارادة المعاملة السفهية كالمعاملة على ما لا نفع فيه ، والغرض عما ذكرناه من كونها ناظرة الى الاسباب انه لا يجتمع احتمال المالية مع صدق الاكل مال بالباطل ،اذ معنى صدق أكل المال بالباطل انه ليس بمال ليكون أكل

المال بازائه أكلا له بالباطل ، ومعنى الشك في التمول احتمال كونه مالا فما يحتمل في ماليته لا يكون من أكل المال بالباطل .

الثالث: ما تمسك به بعد عدم احراز كونه من أكل المال بالباطل من العمومات ، وحكمه بالصحة بها ، وبرواية تحف العقول ، ووجه الضعف اما رواية تحف العقول فقد تقدم الكلام في ضعفها واضطرابها .

وأما العمومات ، فالتمسك بها مع الشك في التمول الموجب للشك في صدق البيع تمسك بالعام في الشبهات المصداقية كما هو واضح .

قوله : ثم انهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين .

أقول : لم يعتبر المصنف الملكية في العوضين ليحترز بها عن غير الملك كما هو واضح .

ودعوى اتحاد الملكية و المالية فاسد اذ بينهما عموم من وجه و الشيء قد يكون ملكا ولا يكون مالا كحبة من الحنطة وقد يكون مالا ولا يكون ملكا لاحد كالمباحات الاصلية وقد يجتمعان فاعتبار المالية لا يدل على اعتبار الملكية .

بل لا وجه لاعتبار الملكية في العوضين أصلا ، اذ البيع ليس الاّ التبديل بين الشيئين يقطع علاقة كل من المتبايعين عنهما واحداث علاقة اخرى فيهما وقد تقدم في أول البيع جواز كون الحق ثمنا في البيع كأن يبيع شيئا على ان يرفع المشتري يده عن حقه كالتحجير وغيره من الحقوق .

ويدل على ذلك جواز بيع الكلي في الذمة مع انه ليس ملكا لاحد أصلا وانما تحصل الملكية للمشتري بالشرى ويملك على ذمة البايع و من هنا نقض الامام عليه السلام على العامة لعدم قولهم بصحة بيع الكلي ببيع السلم لانهما من واد واحد كما تقدم في الاخبار المتقدمة في البيع الفضولي .

نعم ، تعتبر الملكية في البيوع الشخصية للاخبار الخاصة من قولهم

عليهم السلام لا تبع ما ليس عندك كبيع مال الغير قبل الشرى وبيع الطير فى الهواء والسمك فى البحر، قبل الاصطياد ، فانها من قبيل بيع ما ليس عنده ومن اظهر مصاديقه فلا شبهة فى بطلانه .

بل ، يمكن ان يقال بعدم اعتبارها فى الاعيان الشخصية ايضا اذ معنى قولهم لا تبع ما ليس عندك هو ان ما ليس بمقدور التسليم لا يجوز بيعه بوجه ، لا انه يجب ان يكون مملوكا للبايع .

واما قولهم عليهم السلام لا بيع الاّ فى ملك ، فقد تقدم فى بيع الفضولى ان المراد من الملكية ليس ملكية العين الشخصية ، بل المراد منها مالكية البايع ، التصرف من البيع ونحوه ككونه وليّا للمالك أو وكيلا أو مأذونا من قبله وهكذا .

ثم انه على تقدير اعتبار الملكية فى العوضين لا وجه للاحتراز بها عن الاراض المفتوحة عنوة ، فانها ملك بلا اشكال ، نعم ليس بطلق فاذا اريد الاحتراز عنها فلابد من تقييد الملك بالطلق كما هو واضح .

ثم بيّن المصنف اقسام الملك من أنه :ـ

تارة يكون طلقا لاحد كالاملاك الخاصة .

وأخرى لا يكون ملكية العين طلقا ، وانما يكون تملك بمنافعه طلقا ، كالاوقاف الخاصه ، حيث انها ليست ملكا طلقا لاحد من الموقوف عليهم ولكن منفعتها ملك طلق لهم ، ولهم مالكية مطلقة لذلك .

وثالثة : لا تكون ملكيّة العين ولا ملكيّة المنفعة طلقا لاحد ، و لكن اذا قبضت المنفعة تكون ملكا طلقا للقابض كالاوقاف العامة اذ هى و منافعها ليست ملكا طلقا لاحد ولكن اذا قبضوا منفعة يكون ملكا لهم بلاشبهة .

ورابعا : ان لا يكون ملكا طلقا لاحد لا عينا ولا نفعا ولكن اذا قبضوا

تكون العين والمنفعة كليتهما ملكا للقابض وذلك كحق السادة والفقراء فى الزكاة ،وفى الخمس اذ هما ليسا ملكا طلقا لاحد منهم ،بحيث اذا مات أحدهم فليقم وارثه مقامه اذ المالك هو الكلى فهو باق على حاله وانما ملك كل منهم العين ونفعها بعد القبض ملكا طلقا ،واما سهم الامام عليه السلام ففيه خلاف ·

فالاراضى المفتوحة عنوة خارجة عن جميعها ،أما عدم كونها ملكا طلقا لاحد فواضح ،واما عدم كونها من سائر الاقسام فأيضا كذلك فانها لا تكون ملكا لاحد قبل القبض وبعده ،وانما منافعها تصرف فى مصالح المسلمين ·

الكلام فى احكام الاراضى

ثم ان المصنف نقل الكلام الى أقسام الاراضى لمناسبة ذكر بعض أقسامها وقد ذكرنا فى آخر المكاسب المحرمة وحاصل الكلام هنا ان الاراضى على أربعة اقسام : الاول :مايكون مواتا بالاصالة بان لم تكن مسبوقة بالعمارة ·

الثانى :أن تكون معمورة بالاصالة لا بمعنى كونها معمورة عند الخلقة وقبل خلق الخلق ، بل بمعنى كونها معمورة بلامعمّر كرؤس الجبال و بطون الاودية والاشجار فى البحر والبر ·

الثالث: ماعرض له الموت بعد الحياة كأرض الكوفة ، بل ارض العراق اذ كانت اراضى معمورة ولذا كانت تسمى بأرض سواد·

الرابع: ماعرض له الحياة بعد الموت ·

فهذه هى الاقسام الاربعة · أما القسم الاول والكلام فيه من جهات :

أما الاولى :فالارض الموات كلها للامام عليه السلام للاجماع المحصل

والمنقول وعدم الخلاف بين الفقهاء ، وللاخبار الكثيرة ، و في المتن انها مستفيضة بل متواترة .

وفيه أن أصل الحكم وان كان مسلما ومجمعا عليه بين الفقهاء كماعرفت ولكن الاخبار الواردة فيها ليست مستفيضة فضلا عن كونها متواترة و ذلك لا ن جملة منها واردة في الارض الخربة التي باد عنها أهلها و بقيت خربة فهي اجنبية عن المقام ، فان كلامنا في الموات بالاصل لا مايكون كك بانجلاء اهلها ولذا عنوانها في وسائل في باب الخمس بعنوان آخر فما هو موات بالاصل لا تطلق عليه الخربة ، ورواية واحد واردة في خصوص الارض الموات في باب احياء الموات من وسائل فلا تحقق بها الاستفاضة والتواتر .

نعم ، في جملة من الروايات في ج ٢ وسائل باب الانفال من الخمس الارض التي ميتة لا ربّ لها فهي للامام عليه السلام ، فلا شبهة في شمولها للموات من الارض من غير اباد اهلها ولكنها ليست بمتواترة أيضا و لا مستفيضة .

نعم ، لوكان المراد بالاستفاضة هو كونها ثلاثة أو أربعة فلا باس باطلاق المستفيضة عليها .

وبالجملة ان الغرض بيان عدم استفاضة الروايات وتواترها والاّ فأصل الحكم مسلم ، بل يمكن الاستدلال على ذلك بآية الانفال لكونها للامام عليه السلام غاية الامر نثبت الصغرى بدليل أخر ، اى كونها انفالا فلا شبهة في ذلك للاطباق الروايات على كونها موات الارض من الانفال .

أما الجهة الثانية : فهل يشترط في التملك بها مجرد قوله (عليه السلام) في النبوى موتان الارض للامام عليه السلام ثم هي لكم أيها المسلمون وكك في النبوى الاخر بحيث يكون بذلك ملكا للمسلمين بالسبق اليها ، و ان لم

یحیوها أو لا بد فی ذلك من الاحیاء فظاهر النبویان و ان کان هو الملك بذلك ولكن مضافا الی ضعف السند فیهما انهما مقیدان بالاحیاء فلا یکون ملکا لاحد بدونه کما فی جملة من الروایات وبالجملة ان التملك مشروط بالاحیاء فلا یتملك تلك الاراضی بدون الاحیاء فلا یعمل بالنبویان ·

الجهة الثالثة : ان الحلیة والملکیة بالاحیاء مختصّة بالشیعة أو یشمل غیرهم من المسلمین او لکل من أحیاها مسلما کان أو کافرا ، و الکافر أیضا ذمیّا کان أو حربیّا ، فظاهر بعض الاخبار وان کان هو اختصاص ذلك بالشیعة الاّ أن النبویان المتقدمان یدلان علی شمول الحکم لمطلق المسلمین ولکنها ضعیفة السند، بل یمکن أن یراد من المؤمن فی بعض الاخبار من احیاها من المؤمنین مطلق المسلم الذی آمن باللّه وبرسوله و بیوم الاخر ، أی المؤمن فی القرآن ·

ولکن یکفی فی عموم الحکم لغیر الشیعة أیضا العمومات الوارد ففی مورد شراء الارض من الذمی فقالوا (ع) أی قوم أحیوا ارضا فهی لهم و هم أحق بها ، فان المورد وان کان هو الذمی ، ولکنه لا یکون مخصصا بعد عمومیة الجواب فیکون شاملا لمطلق المحیی مسلما کان أو کافرا ذمیا کان أو کافرا حربیا، وهذا الاخبار مذکورة فی وسائل فی أحیاء الموات، وما دلّ من الاخبار علی کون موات الارض للشیعة بالاحیاء لا توجب التخصیص لعدم التنافی خصوصا مع الاحتمال المذکور من کون المراد من المؤمن مطلق من آمن باللّه وبرسوله وبیوم القیامة فی الاخبار التی ذکر فیها المؤمن ومن هنا قال صاحب وسائل فی عنوان المطلب ان الذمی اذا أحیی مواتا من أرض الصلح فهی له قبل هذا الباب فعنوانه أیضا مطلق یشمل مطلق المحیی وان کان من غیر المسلم ·

والجهة الرابعة : فى أن الخراج الثابت فى تلك الاراضى على المحيى هل هو ثابت لكل من أحياها شيعة كان أو غيرها ، أوثابت لغير الشيعة و ربما يقال بثبوته لكل من أحياها ولو كان المحيى هوالشيعة لصحيحة الكابلى فمن أحيى من الارض من المسلمين فيعمرها وليؤد خراجها الى الامام (عليه السلام) من أهل بيتى وله ما أكل منها ٠

ولمصححة عمر بن يزيد يقول : من أحيى أرضا من المؤمنين فهى لـــه و عليه طسقها يؤديه الى الامام(ع) فى حال الهدنة فاذا ظهر القائم عليه السلام فليوطى نفسه على أن يؤخذ منه الخبر، فالظاهر منها ان الحكم أعم فلابدّ لكل من أحياها اعطاء الخراج الى الامام(ع) وعليه فيشكل القول بعدم وجوبه للشيعة لذهاب المشهور ، بل فقهائنا أجمع الى عدم وجوب الخراج لهم ، وحملهما المصنف على وجهين ، الاول : أنه يمكن حملها على بيان الاستحقاق و وجوب ايصال الطسق اذا طلب الامام(ع) لكن الائمة بعد أمير المؤمنين عليه السلام حللّوا لشيعتهم واسقطوا ذلك عنهم ، كما يدل عليه قوله(ع) ماكان لنا فهو لشيعتنا ، ويحتمل حمل هذه الاخبار المذكورة على حال الحضور والاّ فالظاهر عدم الخلاف فى عدم وجوب مال الامام فى حال الغيبة ، بل الاخبار متفقة على أنها لمن أحياها ٠

الاّ أنها بعيدان ، بل اجنبيان عن ظهور الروايتين ٠

أما الاول : فلأن الظاهر من الروايتين ايصال الطسق الى الامام (ع) فى حال الهدنة كما هو ظاهر رواية عمر بن يزيد ، ووجوب اخراج الخراج اليه كما هو ظاهر رواية الكابلى فحملهما على مجّرد الاستحقاق خلاف الظاهر ، بل خلاف الصراحة ٠

وأما الثانى ، فلأن الظاهر منها أيضا اخراج الخراج وايصاله الى الامام

(عليه السلام) مطلقا ولو فى حال الغيبة ولذا قال(ع) فى ذيل رواية عمر ابن يزيد فاذا ظهر القائم فليوّطى نفسه على أن يؤخذ منه يعنى اذا لم يعطى ذلك الشخص الذى الارض تحت يده فليوطن الامام نفسه لاخذ منه .

وبالجملة فليس فى شىء من الروايتين ما يدل على الفرق بين الحضور و الغيبة والاولى حملهما على غير الشيعة للاخبار الدالة على تحليل الاراضى للشيعة وكونهم محللون فيه كما فى رواية مسمع و غيرها ويؤيد ذلك التفريق بين الشيعة و غيرها فى رواية مسمع قال(ع) : فهم فيه محلّلون ، و محالل لهم ذلك الى أن يقوم قائمنا فيجيئهم طسق ماكان فى أيدى سواهم فان كسبهم فى الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا ويأخذ الارض من أيديهم ويخرجهم منها صغرة ، وأيضا يؤيد ذلك ذيل رواية عمر بن يزيد من قوله فاذا ظهر القائم فيوطن نفسه على أن يؤخذ منه مع ان قوله فيجيئهم طسق ما فى أيديهم ظاهر فى ان الخراج على الشيعة بعد قيام الحجة وأما قبله فلا خراج عليهم وكك الاخبار الدالة على أن الارض كلها للامام(ع) فالشيعة فيها محللون اذ لا معنى للخراج بعد ثبوت التحليل فيها الشامل للموات بالاصل أيضا .

وبالجملة لا شبهة فى دلالة غير واحد من الروايات على عدم ثبوت تحليل ما للامام من الاراضى لغير الشيعة بدون الخراج وكون كسبهم فيها حراما أدّل دليل ، وأقوى قرينة على ماذكرناه من حمل الروايتين على غير الشيعة ، كما هو واضح .

وتوهم كون مورد هما هى الشيعة فلايمكن حملهما على غيرها توهم فاسد بداهة ان رواية الكابلى ليس فيها سؤال حتى نرى أنه شيعى أم غير شيعى وأما رواية عمر بن يزيد ، فالراوى فيها وان كان شيعيا ولكن المورد هو الرجل

الشامل للشيعة وأهل السنة فلاوجه لحمله على الشيعة ، بل نسخةالوسائل سئل رجل من أهل الجبل ومن الواضح أن أهل الجبل سنى ، بل ناصبى . فى زماننا هذا فضلا عن الزمان السابق الذى لم يكن من الشيعة أسم ولا رسم .

ويؤيد هذا الحمل مافى ذيل رواية عمربن يزيد من قوله (عليه‌السلام) فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه ومن المعلوم أنه لوكان المراد منهم هى الشيعة لم يأخذ الامام(ع) الارض منهم ، بل يبقى عندهم ويأخذ منهم الخراج وأوضح تأييد لذلك قوله(ع) فى رواية مسمع التفصيل بين الشيعة وغيرهم و جعل الشيعة فى حلّ فى الخراج وأما غيرهم فان كسبهم فى ذلك حرام فان حليته مشروطة باعطاء الخراج فلم يعطوها للامام(ع) فيجيء الامام(ع) فيخرجهم عنها صفرة أى خالية اليد أو صغرة ، أى صاغرا وذليلا على حسب اختلاف النسخة فيعلم من ذلك أن الخراج لغير الشيعة وأما الشيعة فهم فى حل من ذلك ومع الغضّ عن جميع ذلك فالروايات الدالة على حلّية الاراضى للشيعة فى حال الغيبة تكون مقيد لهاتين الروايتين و بالجملة لا مانع من حملها على غير الشيعة بوجه .

قوله : وسيأتى حكاية اجماع المسلمين على صيرورتها ملكا بالاحياء .

أقول : المشهور ، بل المجمع عليه أن الاراضى الموات بالاصل تكون ملكا لمن أحياها ولكن الظاهر خلافه ، وتوضيح ذلك أن الاخبار الواردة فى ذلك على ثلاث طوائف :ـ

الاولى : ما دّل على أنها لمن أحياها وأنها له .

والثانية : ما دّل على أن المحيىء أحق بها من غيره .

والثالث : ماجمع الامرين اللهية والاحقية ولا شبهة أن ما اشتمل على اللام

فى كونه ظاهرا فى افادة الملكية ولكن لا بد من رفع اليد عن ظهوره و ارادة مجرد الاختصاص من ذلك وذلك من جهة أنه ذكر فى جملة من الاخبار التى تقدم بعضها فى الجهة الرابعة أن غير الشيعة لابدّ و ان يعطى الخراج ، والاّ فيكون كسبهم فى تلك الاراضى حراما ومن الواضح أنه لا معنى لحرمة الكسب فى ملك نفسه ، ووجوب اخراج الخراج منه فيعلم من ذلك أنه لم يحصل بالاحياء الاّ مجرّد حق الاختصاص واللام فى قولهم من أحيى أرضا فهى له ، المجرد الاختصاص .

وبالجملة فيدور الامر بين رفع اليد عن ظهور اللام فى الملكية و بين اللتزام بورود التخصيص على دليل السلطنة أو الالتزام بتصّرف الامام (ع) فى ملك الغير بولايته الشخصية بحيث حكم بثبوت الخراج والاّ فيكون الكسب حراما فلا شبهة أن الاول أولى وأسهل للالتزام كما لا يخفى وعلى هذا فيكون الحكم بعد جواز الكسب على طبق القاعدة وكذلك اخراجهم من الارض و اخذها منهم بعد ظهور الحجة فان الملك ملك الغير فاذا لم يف المتصرف على ما شرطه عليه مالك الارض فيكون كسبه حراما على حسب القواعد لكونه غصبا .

ومن هنا اندفع ما توهم من أن التملك مشروط باداء الخراج فاذا امتنعوا عنه فلا يكون الملك حاصلا .

و وجه الاندفاع أنه لا معنى للخراج مع الملكية وأن رفع اليد عن الملكية أسهل من رفع اليد عن دليل السلطنة أو اللالتزام بتصرف الامام عليه السلام فى مال الغير مع كونه للغير بالولاية وهذا بخلاف ما قلنا أن الارض ملك للامام وجواز التصرف فيها مشروط باعطاء الخراج والاّ فيكون حراما كما هو كذلك فى جميع الموارد بحسب القواعد .

ويدل على ذلك مضافا الى ماذكرناه امران ، الاول : ماورد في الاخبار الكثيرة من أنه ليس لمحيي الارض تعطيلها والاّ فلغيره احيائها و اجراء انهارها فيكون أحق به من غيره وقد عقد في الوسائل بابا لذلك في احياء الموات وان لم يتعرّض له الفقهاء فلو كان الاحياء موجبا للملكيةفلماذا اسقط حقه بالتعطيل ازيد من ثلاث سنوات فان الناس مسلطون على أموالهم يفعلون فيها مايشائون فهل لاحد ان يزاحمه في أموالهم الشخصية لمكان التعطيل فيعلم من أنه لم يثبت لمحيي الارض الاّ حق الاختصاص فيزول بالعطلة أو بعدم الوفاء بالشرط أعني اعطاء الخراج ، نعم حلل ذلك لشيعة كما هو واضح .

الامر الثاني : انه لو كانت الاراضي الموات بالاصل مملوكة للمحيي لكان ملكا لهم دائما مع أنه ذكر في رواية مسمع ان الحل ثبت فيها للشيعة وليس لهم فيها خراج الى ان يقوم صاحب الامر وبعده فيجيئهم طسق ما في أيديهم واما غيرهم فكسبهم فيها حرام لعدم اعطائهم خراجها وبعد القيام يخرجهم من الارض وينزعها من أيديهم وفي ذيل رواية الكابلي أن الشيعة في حل في تلك الاراضي وليس فيها عليهم خراج الى أن يقوم القائم (ع) فيضرب عليهم الخراج فيها فلوكان الاحياء موجبا للملكيّة فتكون تلك الاراضي كسائر الاملاك الشخصية فهل يتوهم أحد أن الامام يضرب الخراج لها على الملاك أو يأخذها من يد غير الشيعة فكل ذلك دليل على عدم حصول الملكية للاراضي الميتة بالاحياء ، وانما الثابت لهم في ذلك مجرّد حق الاولوية والاختصاص بحيث لا يزاحمهم غيرهم في ذلك .

لا يقال أنه لا شبهة في جواز بيع تلك الاراضي كما في الاخبار الدالة على اشترائها من ذمي فلو لم تكن ملكا فلا وجه لجواز البيع .

فانه يقال نعم ، لا شبهة فى جواز البيع ولكن لا يدل ذلك على كونها ملكا للمحيى ، بل يبيع منها ما ثبت له من الحق فيها فان البيع كما عرفت هو التبديل بين الشيئين بحيث يقوم كل منهما مقام الاخر فى جهة الاضافة ففى المقام يقوم بالمبادلة كل من العوض والمعوض مقام الاخر فالعوض هو الثمن والمعوض هو الحق الثابت فى تلك الارض كحق التحجير وحق الجلوس كما هو المرسوم فى اليوم فى الدكاكين المسمى فى الفارسية (بسرقفلى) فجواز البيع من هذا الجهة .

ومما ذكرناه انحل الفرع المبتلى به كثيرا وقد سئلنا عنه مرارا وهو ثبوت الخمس فى نفس الأرض الموات بعد الأحياء اذا كان الاحياء للتجارة دون مؤنة نفسه وعياله فانه على ماذكرناه لا خمس فى نفس الارض لعدم كونه ملكا للمحيى ليدخل تحت المنافع الحاصلة يوما فيوما ، بل يثبت الخمس فى منافعها بعد مضى الحول كما هو واضح .

والحاصل : أن الكلام كان فى أن الاراضى الميتة هل تملك بالاحياء أم لا ، وقلنا أن المشهور ، بل المجمع عليه وان كان هو التملك بالاحياء .

ولكن الظاهر هو عدم حصول الملكية لاحد بالاحياء و يدل على ذلك ثبوت الخراج لغير الشيعة و ثبوت التحليل لهم مع انه انما يناسب التحليل والخراج مع عدم الملكية وكذلك يدل عليه حرمة كسب غير الشيعة فى تلك الاراضى واخراج الارض من أيديهم بعد قيام الحجة وجعل الطسق للشيعة كما فى رواية مسمع حيث قال فيجيئهم طسق ماكان فى أيديهم ، مع أنه لو كان ملكا للمحيى لم يكن مجال لشيء من المذكورات .

وذكر أنه لا وجه للقول بالملكية الاّ ظهور اللام المذكور فى جملة من الاخبار من أنه من أحيى أرضا مواتا فهى له فى الملكية لا مجرّد الاختصاص .

وفيه أنه مضافا الى أن المذكور فى عدة من الروايات هى الاحقيةفلولم تكن ذلك قرينة لارادة مجرد الاختصاص من اللام فتكفينا القرائن المذكورة لرفع اليدعن ظهور اللام فى الملكية لانه يدور الأمر بين رفع اليد عن ظهور اللام فى الملكيّة وبين الالتزام بكون الخراج وحرمة الكسب واخراج الارض من أيدى غير الشيعة فى زمان الظهور التصرف فى ملك الغير، ولكن مع التصرف فى أدلة حرمة التصرف فى مال الغير وحرمة أكله الاّ باذنه بدعوى أن الامام أولى بذلك من نفس المالك فلا ريب أن الأول أولى برفع اليد من الثانى ٠

وأما أخبار التحاليل فهى على طائفتين ، الاول : ثبوت التحليل للشيعة و كونهم محللون فى الأرض و فى مال الامام (ع) ٠

والثانية : ما دّل على التحليل بلسان أنه ماكان لنا فلشيعتنا فهم فيه محاللون فلا ريب أنه لا بدّ من رفع اليد من ظهور اللام فى الملكية فى قولهم لشيعتنا وارادة التحايل المجرد اذ مفادها هو العام من غير اختصاص المحيى و غيره ، ومن البديهى ان غير المحيى لا يملك الارض اجماعا ، فيعلم من ذلك أنهم محلّلون فى ذلك لسهولة الامر وطيب الولادة كما تعارف هذا التعبير كثيرا يقال فى مقام الاذن للغير فى التصرّف فى المال أن ما كان لى فهو لك أى يباح لك التصرف فيه كيف شاء ٠

وبالجملة لا يستفاد من شىء من أخبار التحليل التمليك أيضا ٠

ودعوى ان اللام قد استعمل فى جميع مراتب الاختصاص وانما يرفع اليد عنه بالنسبة الى غير المحيى، واما فى المحيى فنلتزم بالملكية دعوى جزافيه ، فانه ان كان المراد من ذلك ارادة الملكية و غير الملكية فى استعمال واحد فهو غير جائز فلايمكن فى استعمال واحد، وان كان المراد ارادة الجامع و المطلق الشامل لها ففيه أن المعانى الحرفيه غير قابلة للاطلاق والتقييد، بل انما يراد اما مطلقا أو مقيدا كما لا يخفى ٠

ثم ان هنا وجها ثانيا ادق لعدم ارادة الملكية من اللام فى اخبار التحليل بدعوى أن الامام(ع) قد حلّل ماله للشيعة مع انحفاظ ألهية له ، أى حال كونها له فهى للشيعة من غير تقييد بزمان الحال و الماضى و الاستقبال والمحيى وغيره ومن البديهى هذا لا يجتمع الاّ مع التحليل اذ بالتمليك لا يحفظ لهبة الامام(ع) ومالكيته على أن لكل امام أن يفعل ذلك ويحلل فلو اريد التمليك من تحليل احدهم(عليهم السلام) لما بقى موضوع للثانى ،والقول بعود الملك ثانيا الى الامام الثانى بعد الاول التزام بلا وجه .

واما الخراج فلادليل على ثبوته للشيعة الاّ اطلاق روايتين أحدهما مصححة عمر بن يزيد والثانية رواية الكابلى ،أما الاول فالظاهر من نفسها انه لغير الشيعة ولذا قال فى ذيلها فاذا ظهر الامام فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه ،واما الثانى فليس دلالتها الاّ بالاطلاق كما فى ذيل الرواية فان الاستثناء يدل على دخول الحكم فى المستثنى منه بارادة استعمالية و ان لم يعلم دخوله فيه بارادة جدية فهذا الظهور المبنى على الاطلاق دون الوضع لابدّ من رفع اليد عنها وتقييدها برواية مسمع ليحمل على غير الشيعة وان أبيت الاّ من ابقائها فى ظاهرها فيقع المعارضة بين رواية الكابلى و بين رواية مسمع الدالة على عدم ثبوت الخراج للشيعة فى حال الغيبة حيث قال فيها (فيجيئهم طسق ماكان فى أيديهم)) قبل ظهور الامام(ع) فيعلم من ذلك أنه لاخراج عليهم قبل المجئ وبعد التساقط يرجع الى اخبار التحليل .

القسم الثانى :أن تكون عامره بالاصالة كأطرف الشطوط وسواحل الانهار وبطون الاودية ورؤس الجبال والجزائر المعمورة بالاصالة وقلنا أن معنى

كونها عامرة بالاصالة هو كونها عامرة بلا عامر ،وقد عبر المصنف في ذلك بقوله عامرة بلا معمر ،والظاهر أنه لم يوجد استعمال المعمر في التعمير بل استعمل أسم الفاعل منه عامر والمعمّر من العمر ، يقال لمن عمره كثير ٠

وهذا القسم أيضا لا شبهة في كونه للامام(ع) وان لم يرد نصّ خاص على كونه للامام(ع) كما ورد في القسم الاول ولكن يدل على ذلك طائفتين من الروايات الاولى الاخبار الدالة على ان مطلق الارض للامام (ع) و ليس للغير فيها الاحق الاختصاص بالتعمير والعمل ، بل في رواية سهل أن الارض لله و وقف للعباد فلاتكون ملكا لاحد ومن هنا ذكر في بعض الروايات أنه ليس لاحد تعطيلها أزيد من ثلث سنين وقد ذكر جمع الى كون مطلق الارض ليست لاحد، بل للامام(ع) كصاحب البلغة والشيخ الطوسي على ما حكي عنه ،والمحقق الايرواني و غيرهم ،وانما الشيعة محلّلون في ذلك ، فاطلاق شامل لما نحن فيه أيضا ،وقد استشهدنا بها على عدم الخراج للشيعة ،واما غير الشيعة فلم يثبت لهم فيها تحليل ٠

الثانية :ما دّل على كون الارض التي لا رب لها من الانفال والانفال للامام(ع) كحسنة علي بن ابراهيم ورواية العياشي عن أبي بصير ،فان ماكان عامرا بالاصالة من الارض فهي للامام عليه السلام ٠

نعم ،في مرسلة علي بن ابراهيم عن حماد ،عن بعض اصحابنا ، عن العبد الصالح تقييد الارض التي لا ربّ لها بكونها ميتة ولكن لا يدل ذلك على التقييد واختصاص الحسنة أيضا بالميتة أما اذا لم نقل بثبوت المفهوم للوصف كما لم نقل فواضح ،فان القيد التي بها للغالب فان القول بمفهوم الوصف من جهة أن لا يكون القيد لغوا واذ اعتذرنا عن عدم لغوية القيد بجملة مورد على الغالب فلايكون الوصف لغوا فلاينحصر عدم اللغوية باثبات

المفهوم فقط .

وأما بناء على القول بمفهوم الوصف كما مشى المصنف على هذا المبنى فأيضا لا يصلح للتقييد فانه أولا انما يوجب الاحتراز و التقييد دالا على المفهوم اذا لم يرد مورد الغالب كما فى المتن والاّ فلا مفهوم له كما فى قوله تعالى : ((وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهنّ)) فان كون الربائب في الحجور من جهة الغلبة وثانيا أن حمل المطلق على المقيد انما فى مورد يكون بينهما التنافى كأعتق رقبة ولا تعتق رقبة كافرة و أما فيما ليس بينهما تناف فلاوجه للحمل كقوله الخمر حرام وكل مسكر حرام ، وهكذا ولكن هذا لا يجرى فى المقام لا ن معنى كلام المصنف على فرض كون القيد للاحتراز ومعه يكون التنافى بين المطلق والمقيد من الواضح بمكان ولكن الذ ى يسهل الخطب هو ما ذكرناه من عدم المفهوم للوصف ، بل يمكن منع الغلبة فانه من أين احرز أن الغالب فى الارض التى لا رب لها هى الميتة ، بل فى كثير النقاط ان الاراضى التى لا رب لها وليست ميتة كأراضى الجبل مازندران وغيرها كثيرة جدا ، واما ما فى تقرير شيخنا الاستاذ من الاستدلال بذلك بقولهم (ع) وكل ارض لم يجرعليها ملك مسلم فهو للامام عليه السلام فليس برواية ولم نجده فى كتب الحديث .

والحاصل : أن ماكان عامرا بالاصل فهو للامام (ع) للاخبار الدالة على أن مطلق الارض للامام عليه السلام وللاخبار الدالة على أن كل ارض لا ربّ لها فهى للامام ، وما فى مرسلة الحماد من أن كل ارض ميتة لا ربّ لها فهى للامام ، لا يصلح لتقييد ذلك اذ القيد ورد مورد الغالب كقوله تعالى : ((و ربائبكم اللاتى فى حجوركم)) فلا مفهوم له ، فلا يكون للاحتراز .

ولكن لا وجه لذلك فانه من اين احرز أن القيد محمول على الغالب اذ

لا وجه للقول بان أكثر الارض التى لا رب لها ميتة مع أن أكثرها معموره بلا شبهة ،كأراضى الهند و جبل مازندران و غيرهما مع أنه لا تنافى بين المطلق والمقيد فلا وجه لحمل أحدهما بالاخر الاّ أن يقال ان القيد اذا كان للاحتراز فيكون بينهما تناف فيحمل المطلق على المقيد والذى يسهل الخطب أنه لا مفهوم للوصف و عليه فلايكون بينهما تناف فضلا عن حمل أحدهما بالاخر نظير كل مسكر حرام والخمر حرام واعتق رقبة واعتق رقبة مؤمنة ٠

على أن رواية حماد مرسلة فليست قابلة لتقييد الحسنة التى دلّت على أن مطلق الارض التى لا ربّ لها فهى للامام عليه السلام هذا كله فى كونها للامام عليه السلام ٠

ثم انه لا يختص حق الاولوية أو الملكية بالاحياء ، بل يعم العمل وجرى الانهار وتكثير الاشجار واصلاح بعض الخصوصيات وعليه فكل ارض معمورة بالاصل ،وضع عليه اليد وعمل فيها،فيجرى فيها الجهات المتقدمة فى القسم الاول من البحث،من أنه لا فرق فى ذلك بين الشيعة وغير الشيعة و بين المسلم و غير المسلم ،وفى أنه هل يحصل التملك بذلك أم لا ؟ وهل الخراج الثابت فيها لمطلق من وضع عليها اليد ولو كان العامل فيها هى الشيعة أو يختص بغير الشيعة ،وأما لو لم يكن فيها عمل فلاوجه لهذه الابحاث ، بل هى باقية على ملك الامام ،فلايجوز لأحد أن يتصرّف فيها للأخبار الدالة على حرمة التصرف فى مال الغير الاّ باذنه ٠

نعم ،فالشيعة بالخصوص محللون فيها للأخبار الدالة على أن كلما للامام فهو حلال للشيعة ،وقد تقدم أن ما فى بعض تلك الاخبار من التعبير بان مالنا فهو لشيعتنا فللام يفد الملكيّة قد تقدم جوابه ٠

ثم الكلام يقع فى أنه هل تحصل الملكية لهذا القسم من الارض بالحيازة

والسبقة ووضع اليدعليها أم لا ؛ وجهان ، الظاهر انها لا تكون ملكا لأحد بالحيازة ، واختار المصنف كونها ملكا بالحيازة وأستدل عليه بالنبوي المعروف من سبق الى ما لم يسبقه أحد فهو أولى به .

وفيه مضافا الى انه ضعيفة السند أنه لا دلالة فيه على الملكية ، فان غاية مايستفاد منه أن المحيز يكون أحقّ الى ماسبقه اليه فلاتحصل بذلك السبق ملكيّة للسابق الى تلك الاراضي .

وثانيا على تقدير أن المراد من الاولوية والآحقية هي الاولوية الملكيّة دون مجرّد حق الاختصاص فمانحن فيه خارج عن ذلك فانه في مورد لا يكون ملكا لاحد ، بل من المباحات الاصلية فيكون السبق اليها موجبا لحصول الملكيّة وكالاوقاف العامة من الخانات والرباط والمساجد ، فان السبق فيها يفيد حقّ الاختصاص .

وأما في أملاك الغير فلايفيد السبق شيئا لاحق الاختصاص ولا الملكية والآلجاز لكل أحد أن يأخذ مال غيره ويتملكه بالسبق ويكون ذلك من جملة الاسباب والوسائل لأكل مال الناس ، فلايلتزم به متشرع ولا فرق في ذلك بين مال الامام وغيره ، فانه أيضا لا يجوز التصرف في مال الامام عليه السلام الاّ باذنه ، و أما التمسك في ذلك بقوله ((من حاز ملكا)) فلاوجه له لعدم كونه رواية ، وعلى فرض كونه رواية فانما هو في المباحات الأصلية لا في أموال الناس .

وربما يقال بحصول الملكية هنا بقوله عليه السلام من استولى على شيء فهو له ، كالاستدلال به في مطلق الحيازات .

وفيه أن هذا وان كان صحيحا من حيث السند ولكن لا دلالة فيها على المطلوب اذ غاية مايستفاد منها أن الكبرى مسلم وأن أسبق والاستيلاء على شيء يوجب الملكية ولكن لا يثبت الصغرى وأن مال الامام عليه السلام يكون

ملكا لأحد بالسبق ، بل هو من هذه الجهة كأموال سائر الاشخاص فلايكون الاستيلاء عليه الاّ غصبا لا ملكا .

على أن هذه الجملة المباركة مذكورة فى ذيل بعض الروايات الراجعة الى أن مات الزوج والزوجة ولم يعلم أيهما مقدم وأيهما مؤخر وكانت لكل منهما أموال مخلوطة بالاخر فقال عليه السلام من استولى على شيء فهو له بمعنى أن كل مايكون مختصا بالرجل فهو له ، وكل مايكون مختصا للمرأة فهو لها للاستيلاء واليد ، اذن فالرواية من أدلة اليد وانه طريق الى كشف الملكية وكاشف عنها لا أنها تدّل على كون الاستيلاء مملوكا .

وبعبارة أخرى أن الاستيلاء دليل الملكية وكاشف عنه لا أنه مملك كما لا يخفى ، فافهم .

اذن فلا يبقى دليل معتبر لاصل كون الحيازة مملكة فضلا عن دلالتها على المملكية فى أموال الغير، الاّ فى الموارد الخاصة التى ورد الدليل بالخصوص على افادة الحيازة الملكية كما فى الصيد ونحوه . نعم السيرة القطعية العقلائية الممضاة للشرع قائمة على كون الحيازة مملكة ، بل هذا المعنى فطرى الحيوانات فانه بعد سبق حيوان على صيد و فريصة و أخذه فلا يزاحمه الاخر ، بل يرفع اليد عنه ، بخلافه قبل الأخذ فانهما يتسابقون فى الأخذ .

نعم ، يمكن الاستدلال على التملك بالحيازات لقوله عليه السلام فى ج ٣ الوسائل ، عين الدولة عن السكونى عن جعفر بن محمد عن آبائه عن على عليه السلام أنه سأله عن رجل أبصر طيرا فتبعه حتى وقع على شجرة فجاء رجل آخر فأخذه قال للعين مارأت ولليد ماأخذت ، فان قوله عليه السلام لليد ماأخذت أن ماحازه الانسان ملكه فمفاد ذلك نظير من حاز ملك يدل

على أن المحيز يملك كلما حازه، ولكنه ضعيفة السند للسكونى وأيضا لا يشمل المقام لماعرفت أنه لا يملك الانسان مال غيره بالحيازة والسبق وانماذلك فى المباحات الاصلية ٠

و تحصّل من جميع ما ذكرناه أن الارض العامرة بالاصالة فهى للامام عليه السلام، فلاحظ الاخبار الدالة على كونها للامام والاخبارالدالة على الآحقية بالاحياء والعمل فلايملكه أحد بالحيازة الاّ أن يعمل فيهاعملابأن للعامل حق الاختصاص فقط، فيجب عليه الخراج أن كان غير شيعى فلايجوز لغير الشيعة أن يتصرف فيها، بل لوحازها غير الشيعة فلها أخذها من يده لكونه غاصبا فلايقاس ذلك بالموات بالأصل ٠

القسم الثالث: ماعرض له الحياة بعد الموت فهل تكون ملكا للمحيى أو لا ؟ وجهان، قد تقدم الكلام فيه فى القسم الاول، فان البحث فى القسم الاول كان فى الموات بالأصل وأنه يصير ملكا للمحيى أم لا ؟ وهذا القسم عين القسم الاول، غاية الأمر حصل فيه الاحياء الذى سبب الملكية أو سبب لحق الاختصاص، فالبحث عن ان المحيى يملك أو لا يملك، يغنى عن البحث عن ان الحياة فى الارض توجب الملكية أم لا ؟

فتحصل أن الأرض التى كانت عامرة بالاصل فهى للامام ولكن حللها للشيعة و من عمل فيها، بل فى بعض الروايات وقف للعباد وان كان ضعيفا لوجود سهل بن زياد فى طريقه وهى ليست ملكا لاحد ولا تملك بالحيازة وكذلك اشجارها لكونها تابعة للارض ومن نماءتها فلاينفك حكمها عنها ٠

نعم، يمكن دعوى السيرة القطعية على أن من حاز من اشجارها فملكها ولو كان المحيز من أهل الخلاف، بل من أهل الذمة من الكفار اذ لم نسمع الى الآن من ردع الحطابين من غير الشيعة عن شغلهم وأخذ الائمة و

غيرهم من المتشرعة الحطب من أهل الذمة اذا حازوها وجاؤا بها الى البلاد للبيع والشرى، بل يعاملون معها معاملة الملك ويشترونها منهم فلو كانت الحيازة فيها لا توجب الملكيّة وكانت الاخشاب والاحطاب باقية على ملك مالكها أعني الامام (ع) لكانوا يعاملون معها معاملة مال الغير فهل يملك أحد ماأخذه من أرض الغير من الاشجار والاحطاب.

وبالجملة وان كانت الارض المعمورة بالأصل للامام(ع) ولا تكون ملكا لأحد بالحيازة وكانت نماءاتها تابعة لها حسب القاعدة ولكن نفكك بين الأرض ونمائها بالسيرة القطعية القائمة على ملكيّة المحيز بماحازمن اشجار تلك الارض واحطابها كما لا يخفى على المتأمل.

أقول : يمكن منع السيرة لوجهين ، الاول :أن الائمة (ع) لمااقتدروا على الردع، والثاني :انه لم يكن فى حوال المدينة أو العراق التان فى تحت سلطنتهم فى زمان سلطنتهم أرض تكون معمورة بالاصالةوجاؤامنهاأشجارا وأحطابا حتى يعامل معها معاملة الملك بالحيازة كما لا يخفى.

أما القسم الرابع: من الارض فهى ماكان خرابا بعد العمارة ومواتا بعد ماكان محياة فهى على قسمين :ـ

الاول :مابادعنها اهلها وصارت خربة لذلك وبانجلاء أهلها عنها. فقد ورد فى جملة من الروايات أنها للامام(ع) وهى خارجة عن موضوع بحثنا.

القسم الثانى :أن يكون خرابها مستندا الى التعطيل والترك وجاء الثانى وعمرها وأجرى انهارها فهل يزول بذلك حق الاول ؟ فيكون حق الاختصاص أو التملك للثانى أو لا يزول حقه مطلقا ،أو يفصّل بين ما كان تملك الشخص الاول بالاحياء فيزول حقه أو بغير الاحياء من الهبة والاشتراء ونحوها فلايزول حقه بذلك والقول بالتفصيل منقول عن العلامة فى التذكرة

بل فی الجواهر نقل الاجماع عنه علی ذلك الاّ أن كلام العلامة خال عنه وليس فيه دعوى الاجماع ، بل ولم ينقل من أحد قبل العلامة ٠

وقد استدل علی كون الثانی أحق من الاول بروايات الاحياء فان اطلاق الاخبار الدالة علی أن من أحيی أرضا فهی له ، كون المحيی الثانی أحق ٠

وفيه أن تلك الاخبار باطلاقها دلّت علی أن من احيی أرضا فهی له من غير تقييد بكونها للمحيی ما دام الحياة أو مطلقا ولو بعد الخراب وعلی هذا فهی تدلّ علی كون الاول أحق بها من الثانی اذ بعد كون الارض متعلقا لحق الغير أو كونها ملكا للغير فلاتكون مشمولة لأدلة الاحياء فان أدلة عدم جواز التصرف فی ملك الغير أوحقه حاكمة علی أدلة الاحياء وجواز التصرف فی المباحات الاصلية ولا تعارض بينها والاّ فلزم ملاحظة التعارض بين أدلة حرمة التصرف فی مال الغير وبين عمومات أدلة صحة البيع وتجارة عن تراض ونحوها ٠

وبالجملة لا وجه للاستدلال فی المقام بأدلة الاحياء كما لا يخفی ، و العمدة فی المقام الاستدلال علی ذلك بالاخبار الدالة علی أن من أتی الارض الخربة فأحياها فهی له ، وقد ذكر ذلك فی جملة من الروايات ، و العمدة منها صحيحتان أحديهما صحيحة الكابلی فان فيها والارض كلّها لنا فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الی الامام (ع) من أهل بيتی وله ما أكل منها (فان تركها او أخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحياها فهو أحق بها من الذی تركها) ٠

وثانيهما صحيحة ابن وهب فی ج ١٠ و فی ص ١٣١ فان فيها ((قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول أيما رجل أتی خربة بائرة فاستخرجها وجری انهارها وعمرها فان عليه فيها الصدقة فان كانت أرضا لرجل قبله

فغاب عنها وتركها وأخرجها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله عز و جل ولمن عمّرها، فان مقتضى هاتين الصحيحتين ان الحق للثانى و اما الاول فسقط حقه بخراب الأرض وليس له فيها حق .

ولكن فى المقام صحيحتان تدلان على عدم زوال حق الاول بذلك بل يجب على الثانى أن يعطى حق الأول من الأرض أحديهما صحيحة سليمان بن خالد فى ج ٢ التهذيب ص ١٥٨ (قال سألت أباعبد الله (ع) عن الرجل يأتى الارض الخربة فيستخرجها ويجرى انهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه قال : عليه الصدقة ، قلت : فان كان يعرف صاحبها ؟ قال : فليودّ اليه حقه) وثانيهما صحيحة الحلبى فى ج ٢ التهذيب ص ١٧٣ وفيها (عن الرجل يأتى الأرض الخربة الميتة فيستخرجها ويجرى انهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه فيها ؟ قال : الصدقة ، قلت : فان كان يعرف صاحبها ؟ قال : فليرد اليه حقه) وهاتان الروايتان متحدتان من حيث المضمون والالفاظ ، و قد يقع التعارض بين الطائفتين وحيث ان روايتى سليمان بن خالد والحلبى مطلق من حيث أن الملك كان مستندا بخصوص الاحياء أو كان مستندا الى غيره من الشرى والهبة ونحوهما بحيث يمكن ان تكون الخربة من الملك بالاحياء ، أو الملك بالشراء ، ورواية الكابلى دالة على ان الملك أو الاختصاص كان من جهة الاحياء فقط ، وانما صارت الخربة عن الملك بالاحياء فتكون رواية الكابلى مقيدة لرواية سليمان بن خالد فتكون رواية ابن خالد مختصّة بخصوص التملك بغير الاحياء وحيث ان رواية ابن وهب كانت مطلقة من حيث أن الملك بالاحياء أو بغيره فتكون رواية سليمان بعد التقيد خاصة ورواية ابن وهب عامة بعد انقلاب النسبة فتكون رواية ابن وهب مقيدة برواية سليمان بن خالد فتصير النتيجة أن الأرض ألتى كانت مملوكة بالاحياء أو متعلقا لحق المحيى

بذلك فليس فيها حق لمن تركها اعنى المحيى الأول وأما لوكان المالك الاول مالكا بغير الاحياء كالشراء ونحوه وتركها أو أخربها وعمرها شخص آخر ، فلابدّ من أداء حقه لسبق حقه عليه وعليه فيثبت القول بالتفصيل المحكى عن العلامة ، فربما ترمى رواية سليمان الى ضعيف السند تارة و الى الارسال أخرى ، كما فى البلغة وحاشية بعض مشائخنا المحققين ، اذ لا نعرف وجها لها بعد كونها صحيحة السند ، فانه لا شائبة فى سندها بوجه وعلى تقدير كونها كك ، فرواية الحلبى بعين ذلك المضمون والالفاظ فهى صحيحة و مع الغض عن جميع ذلك فلاوجه لتوهم انجبار ضعيفها بعمل المشهور اذ لم ينقل القول بالتفصيل الاّ عن العلامة وذكر الاجماع فى كلامه لعله سهو من قلم صاحب الجواهر على أنه لا نسلم أصل الانجبار كما لا يخفى .

وهذا الجمع بحسب الكبرى ، وان كان صحيحا كما ذكرناه فى التعادل والتراجيح ، وقلنا أن المناط فى باب التعارض هو تعارض الحجتين و لو بعد ملاحظة النسبة بين بعضها مع بعض الاخر ولا يقتصر النظر فيه الى التعارض البدوى .

ولكن يرد على هذا الجمع بالخصوص هنا امران : أحدهما : انما ان كان النظر فى الاراضى المملوكة بما كان مملوكا به مطلقا ، ولو كان الاحياء مبدء فى التملك ، والاّ فالاسباب القريبة للتملك هو غير الاحياء فلا يبقى مورد لرواية سليمان بن خالد الاّ نادرا ، فيلزم حملها على المورد النادر فهو بعيد اذ قلما توجد من الاراضى أن لا ينتهى مبدء التملك فيها الى الاحياء فان أصل التملك فى أكثرها هو ذلك ، نعم قد يكون المبدء فيه هو قطع الارض من الائمة لشخص .

وبالجملة بعد تقييد رواية سليمان بن خالد برواية الكابلى فاختصت

رواية سليمان بالاراضى المملوكة بغير الاحياء واذا قلنا بان المراد من الاراضى المملوكة بالاحياء مطلق ماكان أصلها مملوكة بالاحياء ، فلم يبق مورد لرواية سليمان الاّ نادرا فلا يمكن الالتزام بذلك ، وان كان النظر فى سببية الاحياء أو غيره التملك الى السبب القريب دون السبب البعيد ، فحينئذ و ان كان المورد لرواية سليمان كثيرا ولكن لم يبق لرواية ابن وهب الاّ قليل فان أكثر الاراضى لو لم يكن كلها انما هى مملوكة بغير الاحياء فعلا فاذا أخرجنا الأراضى المملوكة بغير الاحياء عن تحت رواية ابن وهب برواية سليمان ، وقلنا بانه لابدّ فى ذلك من ردّ حق المحيى الاول لكان الباقى تحت رواية ابن وهب الارض المملوكة بالاحياء الذى يكون سببا قريبا للتملك بحيث كان تملك المالك لها بالاحياء وصارت خربة عن التملك بالاحياء من دون تعلق البيع والشراء عليها ومثل ذلك لا يوجد الاّ قليل .

وبالجملة ان هذا الجمع انما استلزم لحمل أحدى الطائفتين على المورد النادر فهو غير مرضى كما لا يخفى .

الثانى : فهو العمدة هو أنا ذكرنا فى باب التعادل والتراجيح أنه اذا ورد مطلق أو عام ثم ورد خاصان أو مقيدان وكان بين الخاصتين عموم مطلق جاز تخصيص العام أو تقييد المطلق بكلا الخاصين الذين بينهما عموم مطلق لعدم التنافى بينهما مثلا اذا ورد أكرم العلماء ثم ورد لا تكرم العاصين منهم ، ثم ورد ولا تكرم المرتكب للكبائر فلا شبهة فى تخصيص العام بكل من الخاصين ، اذ لا تنافى بينهما بوجه ومقامنا من هذا القبيل ، فان روايتى سليمان بن خالد والحلبى عام من جهة أن الارض الخربة التى جائها المحيى الثانى أعم من ان تكون مملوكة بالاحياء أو بغير الاحياء ، فصارت خربة وأن كونها خربة أعم من ان تكون مستندة الى تركها و خرابها

كما فی روايتی الكابلی وابن وهب، أو كانت الخربة بالقهر والاضطرار كمنع الغاصب والجائر وجريان السيل واتيان المطر وعدم قدرته على الاشتغال و نحوها من الموانع بحيث لا يكون الخراب بالترك الاختياری، اخرابا من المحيی

ورواية ابن وهب وان كانت فی نفسها اعم من كون الملكية بالاحياء أو بغيرها لعدم فرض الاحياء فيها ولكنها أخص من رواية سليمان بن خالد لان الخراب فيها من الترك الاختياری أو الخراب الاختياری كما هو مقتضى عطف أخربها على تركها فی رواية الكابلی .

ورواية الكابلی مختصّة بخصوص التملك بالاحياء وان كانت من جهة الترك والخراب مساوية فتكون اخص من رواية ابن وهب، فمفاد كلا الخاصّين هو ان المحيی أحق بما أحياه من الارض الخربة سواء كانت مملوكة بالاحياء أو بغيرها ، وأنه لا حق للمحيی الاول فلا بعد فی ذلك فهو واضح بناء على عدم كون الاراضی مملوكة لاحد كما اخترناه للروايات الداله على أن الارض كلها للامام وان كان قد ورد لها تخصيص فی جملة من الموارد كالاملاك الشخصية والموارد المفتوحة عنوة وغير ذلك ، وان من وضع عليها اليد بالاحياء أو العمل لا يزيد الاّ حقّ الاختصاص والأولوية ، بل فی رواية سهل وان الارض كلها للّه فهی وقف للعباد ولكنها ضعيفة ومن الواضح انه لا يجوز تعطيلها لان غرض الشارع عمارة الاراضی وانها ليست كسائر الاملاك كالكتب ونحوها حتى يفعل مالكها فيها ما يشاء ولو عطلها خمسين سنة ، بل فی بعض الروايات لا يجوز تعطيل الارض أزيد من ثلث سنوات فان طبع الارض تقتضی ان تعطل سنة أو سنتين أو ثلاث سنوات للتقوية واما اذا صار أكثر فيبتنی ذلك بالمسامحة وبتعطيل مال الامام وما هو وقف للعباد وقد ذهب الى عدم كون مطلق الاراضی ملكا لاحد جملة من الاعاظم كصاحب البلغة وغيره .

وبالجملة لا شبهة فى أنه بناء على عدم كون الارض ملكا لاحد يكون أولوية المحيى الثانى بمكان من الوضوح لعدم لزوم التصرف فى دليل حرمة التصرف فى مال الغير ·

وأما بناء على أن الارض تملك كما هو المشهور والمعروف، فكك أيضا فانه بمقتضى ما دّل على أولوية المحيى الثانى وكونه أحق بالأرض المحياة من المحيى الأول نلتزم بالتصرف فى أدلة حرمة التصرّف فى مال الغير الاّ باذنه فان اذن الشارع أسبق وشرط اللّه قبل شرطكم كما فى رواية الطلاق من يب

وعلى كل حال نقيد بهما معا روايتى سليمان بن خالد والحلبى فتصير النتيجة أن المحيى الثانى أحق بالأرض فليس للأول مزاحمته لكونه كسائر الناس فى ذلك ولا حق له فى الارض الاّ أن يكون الخراب بنفسه أو لمنع الجائر والغاصب عن الاحياء أو لكثرة الماء وطغيان الشط عليه ونحوها فان فى امثال ذلك فلا يزول حق المحيى الاول ، بل هو أحق بالارض وان جائها الثانى فاحياها وعمّرها ، فليردّ الى الأول حقه وهذا هو القول الرابع فى المسألة والظاهر لم يقل به أحد فيما نعلم ·

الكلام فى بيع الاراضى المفتوحة عنوة

ثم ان المصنف لما تكلّم فى احكام الارضين تكلم فى الاراضى المفتوحه عنوه لتكميل الأقسام ، فنقول أن الاراضى المملوكة للكفار على أقسام : الاول : أن تكون باقية على ملكهم فعلا فلا كلام لنا فيه ·

الثانى : ان يسلموا طوعا ويدخلوا فى الاسلام برغبتهم منهم أيضا ما لكون لارضهم و لا وجه لخروجها عن ملكهم فهذا أيضا خارج عن المقام ·

الثالث: أن يموتوا ويتركوا أملاكهم ارثا ومنها اراضيهم فتكون أموالهم وكذلك أراضيهم ملكا للامام عليه السلام، لانه لا وارث له غير الامام(ع)، و هذا لا يختص بهم، بل الأمر كذلك في المسلمين أيضا.

الرابع: الارض التي انجلى عنها أهلها من غير حرب وهي من الأنفال فللّه ورسوله وبعده للامام(ع).

الخامس: الارض التي اخذت من الكفار بالحرب والقهر والغلبة، و بالخيل والركاب، وهي تسمى بالاراضي المفتوحة عنوة، وهي محلّ الكلام في المقام.

وهنا قسم سادس: وهي الارض التي لم تتصف بشيء من الامور المذكورة ولم يجر عليها الخيل والركاب، وانما أخذت من الكفار صلحا و صولحوا عليها من غير حرب كأرض الخيبر فانها أخذت من الكفار و اعطيت لهم ليعطوا الجزية أو بقيت على ملكهم وضربت الجزية عليهم و تسمى هذه بأرض الصلح وبأرض الخراج وفيما كانت ملكا للمسلمين فهي ملك لجميعهم من الموجودين والذين يكونون موجودا بعد ذلك وقلنا ان معنى كونها ملكا لهم هو صرف منافعها في مصالحهم من تعمير القنطرة ونحوها واعطاء مقدار منها لبعض الفقهاء، بل لولّي الامر أن يملك مقدارا من نفس رقبه الأرض لواحد من المسلمين، بل للجائر ذلك اذا قلنا أن فعله ممضى للشارع وقد تقدم الكلام في ذلك، وفي معنى الجائر في المكاسب المحرمة وكيف كان فيقع الكلام فعلا في جهتين: الاولى: أنه هل تملك تلك الاراضي وتجري عليها آثار الملك و لو تبعا للاثار أم لا؟

الثانية: أنه اذا قلنا بجواز تملكها فهل يجب الخراج فيها لمن بيده تلك الاراضي مطلقا أو يفرق بين الشيعة وغيرها ويلتزم بعدمه على الشيعة

أو بين العمال وغيرهم ويلتزم بعدمه في الاول دون الثاني أو بين من يحل له اخذه وأكله من المسلمين وبين غيرهم ، ويلتزم بعدمه في الاول دون الثاني وجوه :ـ

أما الكلام في الجهة الاولى : فان كان المشهور أن الاراضي المفتوحه عنوة تملك ولو تبعا للاثار الا أنه لا نعرف لذلك وجها صحيحا فالظاهر من الاخبار انها لا تملك وانما هي ملك المسلمين ، وفي صحيحة الحلبي (قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته قال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن دخل في الاسلام بعد اليوم ، ولمن يخلق بعد ، فقلنا : أنشتريه من الدهاقين؟ قال: لا يصلح الا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين فان شاء ولي الأمر أن يأخذها اخذها) الى غير ذلك من الروايات الصريحة في أنها ملك للمسلمين فلا تملك بوجه ، وقد نقل المصنف جملة منها وما قيل انها تملك تبعا للآثار لا مدرك له بوجه ، بل في رواية أبي برده المسؤل فيها عن بيع أرض الخراج قال (ع) من يبيعها هي أرض المسلمين قلت يبيعها الذي هي في يده ، قال : يصنع بخراج المسلمين ماذا .. الخ فان الظاهر منها ومن غيرها أنها ليست ملكا لأحد والا لكان بيعها جائزة وما ورد في بعض الروايات كرواية ابي بردة وغيرها من جواز بيعها لا تدل على جواز بيعها ، بل هي تدل على عدم جواز بيعها كيف فان قوله (ع) من يبيعها هي أرض المسلمين صريح في عدم جواز ، وقوله ثم قال : لا بأس ، اشتر حقه منها ، ليس فيها دلالة على جواز البيع بل تدل على معنى ان بيعها قيام المشتري مقام البايع في الجهة التي كانت راجعة للبايع من استعمالها والانتفاع بها وأداء الخراج منها نظير بيع دكاكين الغير أي حق الاختصاص الثابت للجالس .

وبعبارة أخرى يسمى باصطلاح العلمى بحق الاختصاص ففى الحقيقة أن البايع يبيع حقه الاختصاصى فنفس هذا دليل يدل على عدم جواز بيعها.

وبالجملة لا يجوز تملك تلك الاراضى ولا بيعها ، بل يبيع الحق الاختصاص كما هو صريح الروايات ولا يفرق بين ذلك بين نفس الأرض وأجزائها .

وعليه فلايجوز بيع أجزاء تلك الاراضى من الحص والآجر والكوزونحوها من أجزاء الارض واما قيام السيرة فسيأتى الكلام فيها ،نعم لو انفصلت الاجزاء عن الارض جاز بيعها كما اذا أخرجوا التراب من مكان بعد الاصلاح بحيث صار زائدا فيجوز اخذه والانتفاع به ،فانه للمسلمين والاخذ ايضامنهم ومن طرق الانتفاع به صرفه فى الكوز والأجر وبيعها .

ومن هنا يعلم أنه لا يجوز تأسيس المسجد فيها فانه يتوقف على وقف الأرض وفكه عن الملك ومن الواضح انها ليست ملكا لأحد حتى يوقفها المالك ويجعلها مسجدا .

تنبيه :أنه ذكر المصنف رواية اسماعيل بن الفضل الهاشمى عن رجل اشترى أرضا من أرض الخراج فبنى بها أو لم يبنى غير ان اناسا من أهل الذمة نزلوها له أن يأخذ منهم أجرة البيوت اذا أدوا جزية رؤسهم ،قال : يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال أخذها ومن المعلوم انها لا يرتبط بالمقام بوجه ،فان جواز أخذ أجرة البيوت بعد المشارطةأى ربط له الى عدم جواز بيعها حتى تبعا للآثار المملوكة فيها ،بل يمكن دعوىكونها مشعرة الى جواز بيعها حيث قرر قول السائل اشترى أرضا من أرض الخراج ولكن يمكن منع ذلك من جهة ان المراد بارض الخراج يمكن أن تكون أرض الصلح أو أن جهة الاشتراء يكن موردا للسؤال ،وأيضا ذكر فى المقام مرسلة

الحماد فهي على ارسالها مشتمل على حكم لم يقل به أحد فيما نعلم و هو جواز أخذ العشر الذى هى الزكاة قبل القسمة ومن المعلوم أن وجوب اداء الزكاة مشروط بوصول حق كل من الشركاء الى حد النصاب ، وبعد أخذ كل منهم أنصبائهم بلاحظ حقه مستقلا ، فان وصل الى حد النصاب يجب فيه الزكاة والاّ فلا .

الجهة الثانية : الظاهر انه يجب الخراج على من كانت الأرض تحت يده لما تقدم من رواية ابى بردة قال عليه السلام : من يبيعها وهي أرض المسلمين يصنع بخراج المسلمين الى ان قال : ويحول حق المسلمين عليه أى على المشترى فيعلم من ذلك ان الخراج مما لا بدّ منه فيجب على كل من كانت الارض تحت يده على أن نفس كون الارض للمسلمين يقتضى وجوب الخراج مع قطع النظر عن الروايه فان الثابت جزما انما هو جواز التصرف فى تلك الاراضى واما التصرف من غير خراج وأجرة فلم يثبت فيكون حراما وتصرفا فى مال الغير بدون اذنه فهو غير جائز فلابد من ادائه الى الامام(ع) اذا أمكن والاّ فللفقهاء ولمن ولىّ أمور المسلمين أو للجائر بناء على امضاء فعله من الامام(ع) .

وبالجملة مقتضى الادلة المطبقة على عدم جواز التصرف فى مال الغير هو عدم جواز التصرف شخص فى الاراضى المفتوحة عنوة والانتفاع بها و باجزائها بوجه ، ولكن ثبت بالقطع جواز أصل التصرف فيها و اما بدون الاجره والخراج فلا ، فلابدّ للمتصرف ومن ينتفع بها من أداء خراجها .

ثم بقى هنا أمران الاول : أن السيرة القطعية وان قامت على جواز التصرف فى اراضى العراق وأرض الغرى والكربلا وبيع رقبتها وأجزائها و أخشابها من زماننا الى زمان المعصومين(ع) ولكن الكلام فى الصغرى وأن

أى أرض منها مفتوحة عنوة ولم يثبت كون الاجزاء أو الرقبة التى تباع من المفتوحة عنوة حتى لا يجوز التصرف فيها وبيعها والاّ فلو ثبت كون أرض من الاراضى مفتوحة عنوة فلايجوز تملكها وبيعها الاّ بالمعنى الذى ذكرناه ·

ودعوى العلم الاجمالى بوجود الارض المفتوحة عنوة فى تلك الأراضى العراقية وحواليها وان كانت دعوى صحيحة الاّ أنه لا يوجب التنجيز ، فان جميع تلك الاراضى ليس محلا للابتلاء ليوجب تنجزّ التكليف ، بل مقتضى العمل بدليل الحاكمة على الاصول أن نعامل مع تلك الأراضى معاملة الملكية كما لا يخفى ·

وتوضيح الحال فى المقام وقد عرفت أن الاراض المنسوبة الى الكفار على اقسام :ــ

منها : ما بقيت على ملكهم من غير ان تخرج منه ·

ومنها : ما بقيت على ملكهم بعد اسلامهم بالطوع·

ومنها : الاراضى الصلحية الخراجية وهى التى صولحوا بها لتبقى على ملكهم ويعطون الخراج عليها أو أخذت من ملكهم ولكن اعطيت لهم لاخذ الخراج ·

ومنها : ان تكون مفتوحة عنوة والأرض المفتوحة عنوة تارة تكون معمورة حين الفتح وأخرى ميتا وماكانت معمورة بالاصل فهى ملك المسلمين ، وأيضا أن جملة من تلك الأراضى قد ملكت بتمليك الامام وكثير منها ملكت بتملك السلطان الجائر خصوصا فى زمان العثمانيين ومع كثرة المحتملات وثبوت اليد على تلك الاراضى المقتضى للملكيّة فكيف يمكن احراز أن الأرض الفلانية عن المفتوحة عنوة حتى لا يجوز أخذها ·

نعم ، لوكان جميع تلك الاراضى التى تعلم بوجود الارض المفتوحه عنوه

بين تلك الأراضي يلزم الاجتناب عنها لكون العلم منجزا في هذه الصورة و هذا العلم الاجمالي بوجود الأرض المفتوحة عنوة كالعلم الاجمالي بوجود الوقف في جميع دور النجف والكربلا ، بل العراق ، والعلم الاجمالي بوجود مال الغصب فيها ، والعلم الاجمالي بمنع الارث عن بعض الوارثين خصوصا البنات فانهن يمنعن من الأرث كثيرا وتقسم اموالهم على غير الجهة المشروعة

فهل يتوهم أحد أن العلم الاجمالي في هذه الموارد يوجب تنجز العلم الاجمالي وكذلك العلم الاجمالي في المقام وما قيل من الجواب في هذه الموارد فهو الجواب هنا أيضا ، والاّ فليس للمقام خصوصية زائدة .

وبالجملة مركز الكلام هنا هو أنه لا بدّ في وجوب الاجتناب من الأرض لاجل كونها مفتوحة عنوة من احراز امرين الفتح عنوة وكونها معمورة حال الفتح والاّ فلا وجه للاجتناب عنها بوجه ، واما بعد ثبوت الفتح فلا مناص من عدم جواز التملك فيها ولا في أجزائها وأخشابها وأن مقتضى اليد في أراضي العراق ومايحتمل كون الارض المفتوحة عنوة فيها أمارة الملكية فلا يرفع اليد عنها بالاحتمال فما يعتمد عليه هذان الامران احراز الفتح مع العمارة في عدم جواز التملك والعمل باليد في جواز البيع والشرى مع عدم الاحراز .

وعلى هذا فلاوجه للاشكال في بيع أراضي العراق ولا في أجزائها ، فان احتمال كونها من الاراضي المفتوحة عنوة احتمال بدوي لا يعتنى به .

(قوله : او بين ما عرض له الموت من الارض المحياة حال الفتح) .

أقول : ربما يقال بأن الاراضي التي كانت معمورة حال الفتح ثم ماتت وأحياها الاخر تكون ملكا للمحيي لعموم أدلة الاحياء ولخصوص رواية سليمان ابن خالد المتقدم ، فهي اجنبية عن المقام ، فانها واردة في الارض الخربة فهي غير المفتوحة عنوة ، ولذا قال (ع) وان كان يعرف صاحبها فيؤدي اليه

حقه ، والفتوحة عنوة لیست لأحد حتی یرد الیه حقه ، اذا عرف و لو کانت هنا روایة آخر فلم نجدها .

واما عمومات أدلة الاحیاء فقد تقدم الکلام فی آخر المکاسب المحرمه عند التکلم فی أن الاراضی المفتوحة عنوة تملك أو لا تملك عدم دلالتها علی الملکیة بالاحیاء وکونها خارجة عن الاراضی المفتوحة عنوة لوجهین : ـ

الاول : أن الاحیاء لیس من أسباب الملکیة بوجه ، فان غایة ما یستفاد منها علی ما تقدم هو حق الاختصاص والاولویة وأما الملکیة فلا .

وثانیا : أنها لا تشمل الاملاك الشخصیة فاحیائها لا یوجب الملکیه بناء علی أن الاحیاء من الاسباب الملکة فالأراضی المفتوحه عنوة بمقتضی الروایات المتقدمة ملك للمسلمین فلا ربط لادلة الاحیاء لها فتکون أدلة حرمة التصرف فی مال الغیر حاکمة علیها کما لا یخفی .

وبالجملة لا تدل أدلة الاحیاء أن الاراضی المفتوحة عنوه تملك بالاحیاء بل مقتضی حرمة التصرف فی مال الغیر مانع عن ذلك .

(قوله : وأعلم أنه ذکر الفاضلان وجمع ممن تأخر عنهما فی شروط العوضین بعد الملکیّة کونه طلقا) .

أقول : ومن جملة شرائط العوضین ذکروا کون الملك طلقا یتفرع علیه أمور کثیرة التی تعلق بها ماخرج عن کون الملکیة طلقا کالنذر و الخیار و الیمین والوقف وکون المبیع أم ولد وکالرهن الی غیر ذلك مما یخرج المبیع عن کونه ملکا طلقا ، ولکن فرعوا علی هذا الشرط أمور ثلاثة وتکلّموا فیها علی وجه الاستقلال وهو الرهن والوقف وأم الولد .

وذکر المصنف ان المراد بالطلق تمام السلطنة علی الملك بحیث یکون للمالك أن یفعل بملکه ما شاء ویکون مطلق العنان فی ذلك و لکن هذا

المعنى فى الحقيقة راجع الى كون الملك مما يستقل المالك بنقله ويكون نقله ماضيا فيه لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون اذن ذى الحق لمرجعه الى أن من شرط البيع أن يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا وهذا لامحصل له فالظاهر أن هذا العنوان ليس فى نفسه شرطا ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأم الولد، بل الشرط فى الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصه وغيرها فما ثبت منعه عن تصرف كالنذر و الخيار ونحوهما وهذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق فمعنى الطلق أن يكون المالك مطلق العنان فى نقله غير محبوس عليه لاحد الحقوق التى ثبت منعها للمالك عن التصرف فى ملكه فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف لا تأسيس لشرط ليكون ما بعده فرعا ، بل الامر فى الفرعية والاصالة بالعكس .

وقد اشكل عليه بأن المراد بالطلقية عبارة عن عدم قصور السلطنة و عدم كونه محجورا عن التصرف، اما لقصور فى المقتضى كما اذا كان ملكه محدودا كالوقف الخاص فان الموقوف عليه فى هذا الوقف و ان كان مالكا للعين الموقوفة على ما هو الحق كما أختاره المشهور الاّ أنه لا يصح بيعه لهم لان بيع الموقت لا يصح فى الشرع واما لوجود المانع كالرهانة والجناية و الاستيلاد ويتفرع على ذلك عدم جواز بيع الوقف ونحوه .

الظاهر أن ماذكره المصنف متين ، فان ماثبت من الموارد الخاصة من عدم جواز البيع للحقوق المتعلقه بها المانعة عن التصرف انما هى المانعة بذواتها ، فالتعبير بذلك العنوان المنتزع للاشارة الى ذكر الحقوق المانعة فان مايكون معتبرا فى نفوذ البيع السلطنة على البيع فما ذكره شيخنا الاستاذ من المراد بالطلقية عبارة عن عدم قصور السلطنة اما لقصور فى

المقتضى كالوقف، واما لوجود المانع كالرهانة .

لا وجه له ، اما الاول ، فلأن بيع الوقف وان لم يجز الاّ أن عدم الجواز من جهة عدم السلطنة على البيع لعدم انتفاء تلك الحقوق المانعة لا أن الطلقية بذاتها شرط للبيع .

واما الثانى : فبناء على عدم جواز بيع العين المرهونة كما هو المشهور استنادا الى النبوى من أن الراهن والمرتهن ممنوعان عن التصرف ، فكذلك اذا المالك ليس له السلطنة على البيع من جهة تعلق حق المرتهن بالعين وعدم كون المالك مسلطا على البيع لعدم انتفاء ما هو شرط فى البيع لا أن الطلقية شرط فى الملكية .

وبالجمله هذا العنوان ليس له موضوعية بما هو فى نفسه وبذاته ليكون شرطا فى الملكيّه ، بل عنوان منتزع من الموارد الخاصة التى انتفى تلك الحقوق فيها على أنه سيأتى انه لا دليل على عدم جواز بيع الرهن ، و اما النبوى فضعيفه السند ، وغير منجزة بعمل المشهور .

وبالجملة أن الشرط فى البيع ما دل الدليل على عدم جواز بيعه كالوقف ونحوه على ما ذكره الفقهاء ، بل أنهاه بعضهم الى عشرين فهو بذاته مما لا يجوز بيعه لمنع الدليل عنه بالخصوص وعنوان الطلقية عنوان منتزع من تلك الموارد التى ورد الدليل بالخصوص على عدم جواز بيعه ومشير اليها والاّ فعنوان الطلقية ليس من الشروط ليكون الموارد المذكورة بعدها متفرعا عليه وانما الشرط نفس انتفاء تلك الامور التى ذكرت فى المقام وعد من شرائط العوضين فعدم وقوع التجارة عليها لاجل الأدلّه الخاصة وعدم جواز بيعها بذاتها فلا وجه لارجاعها الى عنوان اشتراط الطلقية والقول بانتفائها فى تلك الموارد كما هو واضح .

الكلام في بيع الوقف

قوله : مسألة :لا يجوز بيع الوقف اجماعا محققا في الجملة ومحكيا ٠

أقول : لا شبهة في عدم جواز بيع الوقف فأن مقتضى كونه وقفا ايقاف الشيء وابقائه على حاله على النحو الذى أوقفه المالك وعدم جواز التصرف فيه على وجه ينافي الوقف فاذا أنشأ الواقف هذا المعنى الذى عرف في النبوى المعروف يحبس الاصل وسبيل الثمرة وعرفه الاصحاب بقولهم تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة فينافى البيع مع مقتضاه فان مقتضى أوفوا بالعقود هو نفوذ التصرف فيه ببيع ونحوه من المعاملات فهما لا يجتمعان لكونهما متناقضان

الثاني : دلالة الروايات العامة والعمومات على ذلك وأن الوقف لا يجوز بيعه كقوله(ع) الوقف على حسب ما يوقفها اهلها ،وفى بعض النسخ يقفها أهلها فأن الوقف يستعمل لازما ومتعديّا من دون ان يتعدى بشيء ودلالة هذه الرواية على المقصود مما لا شبهة فيه ،فان الواقف يقف على أن تبقى العين وينتفع بمنافعها والرواية الشريفة يمضى ذلك وتدل على أن الوقف لا بدّ وأن يلاحظ فيه غرض الواقف حتى لو كان مشترطا فيه عدم البيع أصلا لكان متبعا بحسب مقتضى العموم ٠

الثالث : قوله تعالى ((أوفوا بالعقود)) فأن ما أنشأه الواقف من الوقف مما تشمله الاية فيجب الوفاء به ،فالبيع مناف لذلك ٠

الرابع: الروايات الخاصة في خصوص بعض الأوقاف كرواية أبي على بن راشد قال :سألت أبا الحسن(ع) (قلت :جعلت فداك انى اشتريت ارضا الى جنب ضيعتى فلما عمرتها خبرت أنها وقف، فقال :لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة في ملكك ادفعها الى ما أوقفت عليه ،قلت لا أعرف لها ربّا قال:

تصدق بغلتها) الظاهر أن المراد من الغلة ليست هى الحاصلة من زرع المشترى والاّ فهى لصاحب البذر فى المغصوب وكيف فى المقام الذى اشترى من غير علم بكونها وقفا ، بل المراد من الغلة مايحصل من الأرض بحسب طبعها من الخضر والاشجار والمنافع الاخر.

ومنها ماورد فى حكاية وقف أميرالمؤمنين(ع) بعد التسمية هذا ما تصدق به على ابن أبى طالب وهو حى سوى تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذى يرث السموات والارض الى غير ذلك من الروايات الكثيرة ، بل فى بعضها لعنى رسول الله(ص) بايع الوقف وفى بعضها أن من أمن بالله وباليوم الآخر لا يبع الوقف واستدل بها المصنف على عدم جواز بيع الوقف مطلقا بدعوى أن قوله(ع) صدقة لا تباع و لا توهب ليس وصفا لخصوص شخص العين الموقوفة ، بل وصفا لنوع الصدقة التى فى مقابل الانواع الاخر من الصدقات المستحبة أو الواجبة وهذا هو الظاهر من المفعول المطلق المساق للنوع، فان قوله(ع) صدقة مفعول مطلق كقولك جلست جلسة الامير ، أى نوع جلوسه وهكذا فى المقام أى نوع صدقة لا تباع ولا توهب ومن الواضح أن هذا الوصف وصف لنوع الوقف، وذكره هنا من جهة تطبيق الصغرى للكبرى لا أن الوصف وصف لخصوص الشخص الخاص الذى وقفه على بن أبى طالب (عليه السلام) .

ثم استدل المصنف على عدم كون الوصف خارجيا معتبرا فى الشخص بوجوه بعد استبعاده أولا أن سياق الاشتراط يقتضى تأخّره عن ركن العقد أعنى الموقوف عليهم خصوصا مع كونه اشتراطا عليهم .

الثانى : أنه لو جاز البيع فى بعض الاحيان كان اشتراط عدمه على الاطلاق فاسدا ، بل مفسدا لمخالفته للمشروع من جواز بيعه فى بعض الموارد

كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه أو طرو الحاجة أو صيرورته ممّا لا ينتفع به أصلا .

الثالث: أن هذا التقييد مما لا بدّ منه على تقدير كون الصفة فصلا للنوع أو شرطا خارجيا مع احتمال علم الامام (ع) بعدم طروّ هذه الامور المبيحة وحينئذ يصح أن يستغني بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطا بخلاف ما لو جعل وصفا داخلا في النوع فان العلم بعدم طروّ مسوّغات للبيع في الشخص لا يغني عن تقييد اطلاق الوصف في النوع .

وهذه الوجوه التي ذكرها المصنف وان كان متينا وواردا على فرض كون الوصف شرطا خارجيا ومعتبرا في الشخص ولكن الذي ينبغي ان يقال و يسهل الخطب هو أن الشرط ان رجع الى الجواز بان شرط عدم جواز البيع في الوقف فهو أمر ممتنع لخروجه عن قدرته فان الجواز حكم شرعي ووضعه تحت يد الشارع كنزول المطر فلامعنى لشرط ما هو ليس في قدرته على أن اشتراط عدم الجواز معناه ان لم يجز لم يجز بيعه لان مفهوم الوقف هو السكون فهو بنفسه يقتضي ذلك واشتراط الجواز أنه أن جاز فجاز ، وان كان الوصف وصفا لنفس الوقف فليس فيه مخالفة للمشروع بوجه ، فان للواقف أن يشترط فيه ما يشاء لكونه مالكا ومسلطا على ماله فجاز له أن يقف كيف يشاء حتى له أن يشترط عدم البيع ولو مع عروض ما يسوغ البيع من المسوغات كما لا يخفى .

ثم قال المصنف : (ومما ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة : حق الواقف حيث جعلها بمقتضى الوقف صدقة جارية ينتفع بها وحق البطون المتأخرة عن بطن البايع السابق والتعبد الشرعي المكشوف عنه بالروايات ، فان الوقف متعلق لحق الله حيث يعتبر فيه التقرّب ويكون لله تعالى عمله و عليه عوضه) .

أقول : وليت شعري أنه من أين ظهر مما ذكره ان المانع هي الامور الثلاثة . بل لا وجه لها بحسب نفسها أيضا أما حق الواقف فبمجرّد وقفه تخرج العين الموقوفة عن ملكه وكون العين صدقة جارية ينتفع بها لا يقتضي أن تكون العين متعلقة لحق الواقف وأما حق البطون المتأخرة فمع عدم وجودهم كيف يتعلق حق لهم بالعين فان المعدوم قبل وجوده كما لا يكون مالكا كذلك لا يكون ذا حق مع أنه لو كان مانعا انما يمنع اذا بيع وصرف الثمن على الموجودين واما لو اشترى به مثله فلا يلزم منه هذا المحذور واما قوله (ع) الوقف على حسب ما يوقفها أهلها ، فلا يدل على ذلك فان معناه أن ما أنشأه الواقف من حسب المال فقد امضاه الشارع، واما حق الله فان كان المراد به ان المنع عن بيعه انما هو للتعبد الشرعي الواصل بواسطة سفرائه من الروايات المتقدمة فلا كلام لنا فيه ، وان كان المراد من ذلك شيء آخر و اثبات حق له تعالى كالانفال ونحوها فلا دليل دل على ذلك كما لا يخفى .

(قوله : ثم ان جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف الى ان يباع).

أقول : وقد ذكرنا أن الوقف بحسب نفسه يقتضي السكون و الوقوف فأنشاء الوقف انشاء لسكون مال الوقف مقابل الحركة فمعنى السكون عدم عروض النقل والانتقال عليه ببيع ونحوه مقابل المتحرك الذي عبارة عن طرق ما يقتضي الحركة عليه من البيع وغيره .

ثم ان جواز بيع الوقف تارة يكون بحيث يكون بدله وثمنه ملكا للبايع الموقوف عليه ويتصرف فيه كيف يشاء كتصرف الملاك في أملاكهم .

وأخرى لا يكون ثمنه ملكا للبايع الموقوف بمعنى أن يقوم ثمنه مقام المثمن ويكون بدلا عليه ويترتب عليه جميع احكام المبدل وكيف كان فجوازه يحتاج الى دليل ، واما جواز البيع بحيث يكون الثمن ملكا للمالك فبعيد فانه رفع اليد عن ملكه وجعله وقفا على الموقوف عليهم فلا مقتضي لرجوعه الى المالك ثانيا ،

هذا كله مما لا شبهة فيه .

ولكن وقع الكلام بين الشيخ وصاحب الجواهر تبعا للشيخ الكبيرفي أن جواز البيع يكشف عن بطلان الوقف بحيث انه بمجرّد جواز البيع يطرء عليه البطلان ،كما ذهب اليه الشيخ الكبير وتبعه صاحب الجواهر فذكره في هذا المقام أن الذى يقوى فى النظر بعد امعانه أن الوقف مادام وقفا لا يجوز بيعه ، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من التضاد، نعم اذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز بيعه ،قال بعض الاساطين فى شرحه على القواعد حيث استدل على المنع عن بيع الوقف بعد النص والاجماع، بل الضرورة بأن البيع وأضرابه ينافى حقيقة الوقف لاخذ الدوام فيه وأن نفى المعاوضات مأخوذ فيه ابتداء .

وبالجملة أن محصل كلامهما أن جواز البيع لا يجتمع مع الوقف فاذا جاز البيع بطل الوقف سواء تحقق البيع فى الخارج أم لم يتحقق ، وقد خالف فى ذلك شيخنا الانصارى وتبعه شيخنا الاستاذ .

وحاصل كلام المصنف أن الوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه ، فمعنى جواز بيع العين الموقوفة جواز ابطال وقفها الى بدل أولا أليه فان مدلول ضيغة الوقف وان اخذ فيه والمنع عن المعاوضة عليه الا انه قد يعرض ما يجوز مخالفة هذا الانشاء الدوام ثم أيده بتنزيله منزلة الهبة وقال كما أن مقتضى العقد الجائز كالهبة تمليك المتهب المقتضى لتسلطه المنافى لجواز انتزاعه من يده و مع ذلك يجوز مخالفته وقطع سلطنته عنه بالبيع لا بجواز فقط

وبالجملة فكما أن مقتضى الهبة هو التمليك مع جواز استرداد العين الموهوبة وأنها لا تبطل بجواز البيع، بل بالبيع الخارجى وكذا الوقف فيبطل بالبيع فى الموارد الخاصة التى ثبت جواز بيعه فى تلك الموارد لا بمجرد عروض جواز البيع عليه ويؤيد ذلك ماذكره المحقق الثانى من انه لا يجوز رهن

جائزا و تقدم نظير ذلك فى المعاطات وقال لا يجوز رهن المأخوذ بالمعاطات لكونها معاملة جائزة والرهن وثيقة فلايتحقق الا بالملك الطلق ·

ثم أشكل عليهما بانه ان اريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره وهو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين او عنها وعن بدلها حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذى يبيع فهذا لا محل له فضلا عن أن يحتاج الى نظر فضلا عن امعانه وان أريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه حيث جعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف ففيه مع كونه خلاف الاجماع اذ لم يقل أحد ممن اجاز بيع الوقف فى بعض الموارد ببطلان الوقف وخروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه الى ملك الواقف أن المنع عن البيع ليس مأخوذا فى مفهومه ، بل هو فى غير المساجد وشبهها قسم من التمليك ولذا يطلق عليه الصدقة ويجوز ايجابه بلفظ تصدقت الا ان المالك له بطون متلاحقة فاذا جاز بيعه مع الابدال كان البايع وليّا عن جميع الملّاك فى ابدال مالهم بمال آخر · · · الخ ·

والذى ينبغى أن يقال فى توجيه كلام صاحب الجواهر وشيخه وجوه :

الاول :أن يكون معنى قولهم اذا جار البيع بطل الوقف هو صيروره الوقف ملكا للواقف ورجوعه الى ملكه فهو بعيد، فانه بعد خروجه عن ملكه فلا مقتضى لكونه مالكا له ثانيا ·

الثانى : ان يخرج من الوقفية وصارت ملكا طلقا للموقوف عليهم بحيث لهم أن يفعلوا فيه ما شائوا من البيع والهبة والاعارة والاجارة كبقية أموالهم الشخصية وهذا أيضا لا مقتضى له فكلا القسمين لا يحتاج الى نظر فضلا عن احتياجهما الى امعان النظر·

الثالث: أن يكون الوقف باطلا من جهة بمعنى بطلانه من الجهة التى عرض له ما يجوّز البيع فقط لا من بقية الجهات ليصير ملكا طلقا للموقوف عليهم

أو يرجع الى ملك الواقف ومن الواضح أن هذا يحتاج الى امعان النظر فضلا عن النظر .

وعلى هذا ظهر الوجه في عدم جواز رهن الوقف اذ لا يخرج الوقف عن الوقفية بجواز بيعه من جهة عروض مجوّز من مجوّزات البيع كما ظهر أنه لا وجه لقياسه بالهبة فان الهبة يجوز استرداده والوقف لا يجوز استرداده لانه عبارة عن الحبس والسكون مقابل الحركة فليس مفهومه الاّ متقوّما بالايقاف و السكون وعدم توارد البيع والشراء والهبة والاجارة عليه بحيث يبقى طبقة بعد طبقة وجيلا بعد جيل ، وهذا بخلاف الهبة فانها ليست الاّ تمليكا محضا .

ثم انه لا ثمرة لهذا البحث بعد التسالم على حرمة البيع الوقف قبل عروض المجوّز وعلى جواز البيع بعد عروض المجوّز ثم دوامه بدوام المجوز وارتفاعه بارتفاع المجوّز .

ثم اذا طرء على الوقف جواز البيع ولم يبع في الخارج الى أن زال المانع فهل يزول الجواز أو يبقى على حاله فربما يقال ببقاء الجواز استصحابا لحكم المخصّص كما في حاشية الايرواني فان المقام من موارد دوران الأمر بين العمل بحكم المخصص والعمل بالعام بعد انقطاع عمومه فحيث انقطع عمومه في زمان فلا يبقى مجال للتمسك به في الزمن الثاني لعدم المقتضى ، بل نستصحب حكم المخصص اعني جواز البيع .

ولكن الظاهر هو العمل بالعام في غير حالة التخصيص خصوصا اذا كان العموم استغراقيا لما قلنا في محله انه بعد تخصيص العام يتمسك به في مورد التخصيص وتوضيح ذلك ان للوقف هنا ثلاثة حالات حالة قبل عروض الحالة الموجبة للبيع والمسوغة له وحالة عند عروض المسوّغ و حالة بعد عروض المسوّغ وذكرنا في محله ايضا انه كما أن للعام عموم افرادي عرضي وكذلك له عموم

ازمانی سواء كان الحكم واحد أو متعددا منحلا الى احكام عديدة ٠

وعلى هذا فمقتضى العمومات الدالة على عدم جواز بيع الوقف انما تدل على عدم جوازه فی جميع الحالات بحسب العرض والطول ، فقد خرج من تحتها صورة عروض الحالة المسوغة للبيع فيبقى الباقی تحت العموم و هذا واضح بناء على أن جواز البيع لا يوجب بطلانه ، بل يسوغ البيع فقط والآ فالوقف باق على حاله ٠

وأما بناء على مسلك صاحب الجواهر فكك أيضا لما عرفت أن قوله بالبطلان ليس معناه رجوع الوقف الى الواقف أو صيرورته ملكا طلقا للموقوف عليهم لما عرفت من بعد كلا المعنيين وعدم المقتضى لهما فی البين ، بل معناه هو البطلان من جهة خاصة اعنی الجهة التی أوجبت بيع الوقف و سوغ المعاملة عليها وأما بقية الجهات فمحفوظة على حالها وهو الذی كان محتاجا الى النظر ، بل الى امعان النظر ٠

و عليه فالتمسك بالعموم فی غير المقدار الذی ثبت فيه التخصيص من الوضوح بمكان ، بل الامر كك حتى على المعنى الاول والثانی فان جواز بيع الوقف وان أوجب بطلانه سواء كان بالعود الى الواقف أو بصيرورته ملكا طلقا للموقوف عليهم ولكن الفرض أن الابطال ليس مستمرا الى الأبد ، بل انما كان عموم العام قبل ذلك شاملا لما بعد هذه الحالة التی بطل فيها الوقف وعليه فتمسك بالعموم فی الغير المورد الذی نقطع بخروج الخاص و نعمل بالعموم فتحكم بمقتضاه على ثبوت الوقفية بعد البطلان أيضا فيكون العام مقتضيا لذلك فيحكم بالوقف الى الابد الى ان يرث اللّه الارض ومن فيها ٠

(قوله : اذا عرفت ان مقتضى العمومات فی الوقف عدم جواز البيع) ٠

أقول : بعد ماحكم المصنف أن مجرد محروض جواز البيع على الوقف لا

يوجب البطلان ، بل لا بد من وقوع البيع في الخارج فتعرض الى أن الوقف بحسب نفسه والاصل الاولى لا يجوز بيعه ، بل لا بدّ من البقاء و هو واضح لماعرفت أن مفهوم الوقف عبارة عن السكون فلابدّ وان يكون واقفا وساكتا ٠

ثم يقع الكلام هنا في جهتين : الاولى : في الخروج عن مقتضى ذلك الاصل ، بحسب الموضوع بمعنى أن أى وقف يجوز بيعه وأى وقف لا يجوزبيعه

والجهة الثانية : في الخروج عنه بحسب الحكم بمعنى أن المسوّغ لبيع الوقف أى شيء مع قطع النظر عن أن أى وقف يجوز بيعه وأى وقف لا يجوز بيعه وقد حصره بعضهم بواحد وهو وقوع الخلف بين الموقوف عليهم وبعضهم بثلاثة وبعضهم بخمسة الى غير ذلك من الاختلافات ٠

أما الجهة الاولى : فوقع الخلاف في ذلك بين الاصحاب كثيرا ، فذهب بعضهم الى عدم جواز البيع وعدم الخروج من عموم المنع اصلا ، وهوالظاهر من كلام الحلى والشهيد ، فان ظاهر قول الشهيد أن سد الباب وهونادر مع قوته هو اختياره ذلك وذهب بعضهم الى الجواز مطلقا ٠

وفصل بعضهم بين المويد والمنقطع وليس المراد من المنقطع ما اذا كان الوقف الى سنة أو الى سنتين ، بل معناه أن الوقف انما هو على طائفة خاصة من غير تقيد بزمان خاص والاّ فيكون حبسا الذى عباره عن حبس العين مع كونها باقية على الملك وتسبيل المنفعة ، ولكن حيث انه لطائفة خاصة ينقرض كثيرا بانقراضهم فيسمى لذلك بالوقف المنقطع الاخر وهذا بخلاف المؤبد فان معناه أن الوقف لطائفة خاصة كأهل العلم من الشيعة في النجف مثلا كما وقفوا قريه في كرمان شاه كك ومع عدمهم لمطلق اهل العلم ومع عدمهم العياذ بالله لفقراء الشيعة ومع عدمهم لاغنياء الشيعة و هكذا فمثل هذا الوقف لا ينقطع آخر بل يستمر ويدوم الى الابد ويبقى طبقة بعد

طبقة وجيلا بعد جيل ·

وبالجملة التزموا بجواز البيع المنقطع دون المؤبد·

وفصّل بعضهم بقولهم بعكس ذلك ،أی بجواز البيع فی المؤبد وبعدمه في المنقطع ولعل نظره الى ان المنقطع ينقطع بنفسه بخلاف المؤبد·

وفصل بعضهم بين أصل الوقف حيث قال بعدم الجواز وبين اجزائه وآلاته التی انحصر طريق الانتفاع بالبيع فقط ،كحصر المسجد وجدوعه و بعض الاته التی سقط عن الانتفاع به في هذا المسجد بنحو من الانحاء و هو المحكی عن الاسكافی وفخرالاسلام ، ويمكن التفصيل بين مايكون الوقف تحريرا كالمساجد ونحوها وبين سائر الاوقاف. ويلتزم بعدم جواز البيع فی الاول دون الثانی ،الاّ انه ليس تفصيلا فی الحقيقة لان المساجد خارج عن مورد البحث، فان الظاهر ان مورد البحث ماعتبر فيه التمليك و المساجد تحرير وعليه فما سيأتی من المصنف من التفصيل بين المساجد وغيره ، تنبيه على اصل المطلب لا تفصيل فی الوقف بين جوازالبيع فی قسم وعدمه فی آخر والكلام فعلا يقع فی جواز بيع الوقف المؤبد·

فی الجمله وبعد ما نقل المصنف كلمات الاصحاب فصّل فی الوقف المؤبد ، بينما يكون ملكا للموقوف عليهم وبينما لا يكون ملكا لاحد ، بل يكون فك ملك نظير تحرير كالمساجد والمدراس والربات والخانات و ان كان فی الحقيقة ليس تفصيلا كماعرفت بناء على عدم دخولها فی ملك المسلمين فان الموقوف عليهم انما يملكون الانتفاع دون المنفعة وقال المصنف ان محل الخلاف هو القسم الاول ، ای مايكون الوقف تمليكا وأما القسم الثانیفالظاهر عدم الخلاف فی عدم جواز بيعه لعدم الملك وعلى هذا فلو خربت القريه و انقطعت المارة عن الطريق الذی فيه المسجد لم يجز بيعه وصرف ثمنه فی

احداث مسجد آخر أو تعميره أو صرفه في مصالح المسلمين .

نعم يجوز الانتفاع بها بالزرع والغرس مع ملاحظة الاداب بعدم التنجيس والهتك كما جاز الانتفاع به قبل الخراب بالجلوس و النوم و سائر الاشغال من المباحث وغيرها اذا لم تزاحم المسجدية ، نعم يحتمل جواز اجارتها و صرف الاجرة في مصالح المسلمين .

ولكن الظاهر أنه لا فرق بين البيع والاجارة فانه بعد خروجها عن الملكية لاحد وحرمة كما لا يجوز بيعه وتمليكه وكك لا يجوز ايجاره .

ثم ان المراد من عدم جواز التصرف فيها تصرفا مالكيا خصوص الحرمه التلكيفية والاّ فلايترتب عليه ضمان بوجه ولذا لو سكن فيها احد أو اشتغل ما لا شغال المنافية للمسجدية فليس عليه ضمان .

وبالجملة ان كان الوقف تمليكا ولوكان للنوع فهو محل الكلام في المقام وان كان تحريرا وفك ملك فهو لا يجوز بيعه بوجه لعدم كونه ملكا لاحد حتى يجوز بيعه ويباشره أحد الملاك وكالة أو الحاكم ولاية ، بل يبقى على حالها الى ان يرث الله الارض ومن فيها ، نعم يجوز الانتفاع بها ما لا يزاحم المسجدية وان تصرف فيها بما يزاحم المسجدية فعل فعلا محرما فلاضمان بالاجرة لان الفرض انه ليس بملك لا للخاص ولا للعام كما لا يخفى انتهى الكلام الى تفصيل المصنف بين ما يكون الوقف تمليكا وبين ما يكون تحريرا .

وتحقيق الكلام هنا ان ما يكون تحريرا كالمساجد فان المتيقن من التحرير هو المسجد ، فالظاهر أنه لا يجوز بيعه فان حقيقة البيع على ماعرفت عبارة عن المبادلة بين الشيئين في جهة الاضافة الى المالك بحيث يكون كل واحد من الشيئين مضافا الى شخص فيتبدل كل من الاضافتين بتبديل المالين ومن البديهي ان المساجد غير مضافة الى أحد باضافة الحقيقة أو باضافه الملكيّة ومع انتفاع الاضافة كيف يسوّغ البيع أو التجارة عن تراض أو بقيه

المعاملات لما عرفت مفصّلا أنه لا بيع الاّ في ملك، ولا بيع الاّ فيما يملك ولذا قلنا ان كل ماليس داخلا تحت الملك كالطير في الهوى والمباحات الاصليّة قبل الحيازة لا يجوز بيعه ·

وتوهم أن المساجد ايضا نحو من التمليك للمسلمين كما ان الزكاة ملك للفقراء والاصناف الأخر أو نفرض مسجدا يملكه المالك للمسلمين وقفا ·

توهم فاسد فان المساجد من قبيل التحرير كالعبد المعتق و أنها للّه لا بمعنى كونها ملكا له ومضافا اليه ليتوهم جواز بيعها من جهة تلك الاضافة المصححة للبيع، بل بمعنى كونها معبدا للمسلمين ليعبد فيها اللّه تعالى ويتقرب به فيها ولعل الى هذا المعنى ينظر قوله تعالى ((و ان المساجد للّه)) بل هو المحتمل القريب من سائر المعاني وهذا هو المستفاد من بعض الروايات فلا يقاس ذلك بالزكاة فان الجهة فيها مالك بخلافه في المساجد فانه ليس فيها جهة اضافة حقا او ملكا فلايصح بيعها بوجه ·

وأما الوقف بمعني التمليك للمسلين، بان يجعل مكانا خاصا مسجدا بعنوان التمليك لا التحرير فخارج عن الفرض فانه لا يكون مسجدا ومتمحضا للّه، بل يكون مثل الحسينيات ونحوها ·

وبالجملة أن من الضروري أن المساجد ليس الاّ تحريرا وفكا للملك لا تمليكا وعليه فلايكون بيعه جائزا لعدم وجود الاضافة فيها الى أحد ولو الى الجهة كالزكاة بحيث يباع المسجد ويكون بدله قائما مقامه في تلك الجهة فهذا قسم من الوقف العام ·

ومن هنا ظهر مافي كلام كاشف الغطاء حيث ذكر جواز اجارة المسجد الذي خربت القرية وانقطعت المارة عنه وخرب وذلك فان صحة الاجارة تتقوف على كونه مضافا الى شخص لتكون الأجرة داخلة تحت ملكه وقد عرفت أن

باق على وسعته فانه لا يلزم في الثالث توفية المسجد ليس مضافا الى شخص.

نعم، يصح الزرع والغرس فيه والانتفاع به بغيرهما مع ملاحظة الآداب كما هو واضح.

الثاني: أن يكون وقفا للذرية بحيث يوقف أرضا خاصا لهم لتكون منفعته لهم طبقة بعد طبقة وجيلا بعد جيل فلاشبهة أن هذا القسم من الوقف تحبيس وتمليك أما كونه تحبيسا فلان الوقف على ما فسروا تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة وقد جعل الواقف ذلك الوقف كك كما لا يخفى.

واما كونه تمليكا لهم فلمقتضاء السيرة القطعية العقلائية على ذلك فانه لا يشك أحد في انه اذا ثبت في ذلك مايوجب الضمان على شيء يكون ذلك الشيء لهم لو غصبه غاصب لوجب عليه رده الى الذرية بمقتضى اليد والسيرة ومن المعلوم أنه لو لم يكن هنا تمليك لكان الحكم فيها مثل المساجد من غير ان يوجب الاشغال والغاصب الضمان على الاجرة فلازم هذه السيرة هي الملكية على أن مقتضى الوقف على الذرية يقتضي ذلك بمقتضى مفهوم الوقف فانه لو كان ذلك مجرد التحبيس لكان المناسب أن يقول الواقف وقفت لهم بحيث يكون لهم لا عليهم وهذا بخلاف التمليك فان الواقف يملك العين الموقوفة لهم ولكن يضيّق دائرة السلطنة على الموقوف عليهم ولا يجعلونهم مطلقا في العين الموقوفة لتكون سلطنتهم سلطنة مطلقة وسلطنة لهم، بل يضيّق دائرة السلطنة عليهم بالشرط في ضمن الوقف وبنفسه نظير الشرط الخارجي بحيث يكون الموقوف عليهم مالكا للمنفعة فقط ملكية مطلقه و أما العين فليس لهم عليها مالكية الا من جهة ان تكون المنفعه لهم و أما يفعلون للعين الموقوفة بما شائوا فلا واذن فتكون السلطنة عليهم لا لهم و لذا قال الواقف عند الوقف وقفت عليهم.

وبالجملة مقتضى تلك العبارة هى التمليك فانه لوكان الغرض هو التحبيس لقال وقفت لهم لا عليهم ،فان من الواضح انه اذا كان الشخص مالكا لشئ ولم تكن سلطنة مطلقة تكون السلطنة عليهم لا لهم كما هوواضح ٠

والحاصل :أنا نستفيد كون الوقف على الذرية تمليكا لا تحبيسا من نفس عبارة الواقف عند الوقف لكونها ظاهرة فى التمليك باعتبار التعبير بعلى الظاهرة فى تضييق دائرة السلطنة بمقتضى الشرط بمجرد الوقف نظير تضييق الدائرة للسلطنة بالشروط الخارجية ٠

واما جواز بيعه ،فالظاهر أنه مما لا اشكال فيه كما سيأتى فان المانع الذى كان فى التحرير غير موجود هنا كما لا يخفى ،فان الاضافة المالكية موجودة وتصرف الموقوف عليهم متعذر لغرض عروض الجهة المجوزة للبيع و ليس فى البين ما يمنع عن التصرف كأدلة حرمة التصرف فى مال الغيرفتكون اصالة الاباحة محكمة ٠

الثالث :ان يكون وقفا عاما كالوقف على العلماء والسادات و طلاب المدارس والزوار والفقراء ونحوها من الجهات العامة وهو على قسمين :ـ

الاول) ان يكون وقفا للكلى كالوقف على العلماء والطلاب كوقف الحمامات والدكاكين والاملاك لهم لتكون منافعها ملكا طلقا لهم بحيث يكون حبس الاصل وتسبيل الثمرة لهم بحيث تكون المنفعة لهم ويملكون منافعها وتقسم عليهم كما فى القسم الثانى نظير اوقاف على العلماء وطلاب المدارس ،فان غلتها تقسم عليهم ويملكون نفس المنفعة ولا يلزم توفية جميع الاقسام هنا كما يلزم فى الوقف على الذرية ،وغاية الامر أن الفرق بينهما من جهة أن دائرة الوقف فى القسم الثانى تضييق وتوسع بكثرة الموقوف عليهم وقلتهم بحيث اذا كثروا فتوسع دائرة القسمة واذا قلوا فتضيق دائرته واما فى القسم الثالث فهى

القسمة على جميع السهام والموقوف عليهم ، بل يجوز الاعطاء لواحد و الاختصاص به لان الوقف لجهة وهى متحقق بواحد لصدق الجهة و تحقق الاعطاء لأهل العلم ، وهذا بخلافه فى القسم الثانى ، فانه لا بدّ فيه من ملاحظة جميع الموقوف عليهم وتوفية القسمة لهم قلّوا أو كثروا و من ذلك يختلف القسمة سعة وضيقا باختلاف الموقوف عليهم كثرة و قلة وأنه لا بدّ من اعطاء كلهم قسمة حقيقة حتى لو مات أحدهم بعد حصول الغلة فتنقل الى وارثه وهذا بخلافه فى القسم الثالث .

ثم ان هذا القسم من الوقف ايضا تمليك لعين ماتقدم فى القسم الثانى من اقتضاء نفس مفهوم الوقف ، ذلك وأنه لو غصبه غاصب يحكم بضمانه بخلاف التحرير وأن السيرة العقلائية تقتضى ان يعامل مع مثل تلك الاوقاف معامله الملكيّة لقيامها على الضمان ووجوب الرد على النحو المأخوذ فبالملازمة تدل على الملكية غاية الامر ملكا للجهة نظير الزكاة والصدقات ونحوهما والظاهر أنه لا شبهة فى جواز بيع هذا القسم أيضا مع عروض الجهة المجوّزة للبيع فانه مع وجود المقتضى له وشمول عمومات صحة البيع عليه و عدم وجود المانع عنه فلاشبهة فى ذلك فانا نشك فى صحة المعاملة عليها مع تعذر استعماله فما اعد له ووقف عليه فنتمسك باصالة الاباحة وقوله (ع) الوقف على حسب ما يوقفها اهلها ناظر الى حفظ جهة الوقف مع الامكان لا مع التعذر .

الثانى) ان يكون وقفا على الجهة العامة من دون ان يكون الموقوف عليهم مالكا على المنفعة ، بل مالكا على الانتفاع كما ربما يعتبر تملك الانتفاع بمعنى أن الوقف على تلك الجهة كما أنه ملك لهم مضيقا فكك ملكهم بالمنفعة أيضا مضيق بمعنى أنهم مالكون بمنفعة خاصة أى السكن مثلا والاّ فلا معنى للملك على الانتفاع اذ لا معنى لمالكية الانسان على فعله بخلافه فى القسم

المتقدم فانهم مالكون بالمنفعة مطلقا وملكا طلقا بحيث لهم بيع تلك المنفعة وهبتها واذا ماتوا تنتقل الى وارثهم وان كان أصل الوقف ليس ملكا طلقا لهم وهذا بخلافه فى هذا القسم ،فان الموقوف عليهم يملكون المنفعة الخاصه ملكا مضيقا كالسكنى مثلا من غير أن يجوز لهم بيعها واذا ماتوا تنتقل تلك المنفعة الى الوارث ،ومن هنا لو غصبه غاصب يضمن الاجرة للجهة لا لخصوص الساكن فى ذلك ،وهذا القسم كالمدارس والربط والخانات و نحوها و الظاهر أن هذا ايضا تمليك للجهة العامة للوجوه المتقدمة و السيرة العقلائية هنا اوضح من السيرة فى القسمين المتقدمين ،فان هذا القسم من الاوقاف كان موجودا فى الزمن الجاهلية ايضا وقفا على طبق مسلكهم فانها قائمة على ضمان الغاصب فبالملازمة تدّل على الملكية ومماذكرنا ظهر ما فى كلام المصنف من عطف الرباط والخانات والقناط على المساجد فانه فرق واضح بينهما اذ الوقف فى المساجد تحرير فلايجوز بيعه بوجه كماعرفت ولكن الوقف للرباط والخانات والمدارس ليس تحريرا ،بل تمليك للجهة العامة فيجوز بيعها فكم فرق بينهما .

وأما المشاهد فهل هى مثل المساجد أو كأوقاف العامة ويقع البحث فيها فى جهتين : الاول) فى ارضها ،والثانية) فى الالات التى توقف عليها من السّراج والقناديل والذهب والفضة والفرش ونحوها .

اما الكلام فى أرضا :فالظاهر أنها ملحقة بالمساجد وليست ملكا لأحد بل تحرير محض ومن هنا الحقوها بالمساجد فى جميع الاحكام الشرعية و عليه فلايصح بيعها بوجه ،بل يعامل معها معاملة المساجد.

والحاصل :أن الوقف على أنحاء منها ان يكون تحريرا كالمساجد و المشاهد المشرفة فانها للّه ووقفوها لان تكون معابد للمسلمين من غير أن

تكون ملكا لأحد أو لجهة كما أن البيع والكنائس معابد لليهود والنصارى، من غير أن تكون ملكا لأحد وعليه فلايجوز بيعها كما عرفت، واما الوقف للصلاة مثلا فليس بمسجد كما تقدم، وأما لا يكون الوقف تحريرا فيكون تمليكا سواء كان وقفا على الذرية أو وقفا على الكلي كوقف الحمامات والدكاكين ونحوهما على الكلي كالعلماء والصلحاء والفقراء والزوار ونحوهم من العناوين الكليه بحيث تكون المنفعة ملكا طلقا لهم أو وقفا على الجهة كالرباط والخانات والقناطر ونحوها فانها وقف على الجهة لينتفعوا منها فقط بحيث كما ان ملكهم على الوقف مضيق فكك ملكهم على المنفعة ايضا مضيق وربما يعبر عن ذلك بملك الانتفاع ولكنه لا معنى له، والوجه في كونه تمليكا هو قيام السيرة العقلائيه على ضمان الغاصب لهذه الاوقاف بخلاف المساجد فبالملازمة نكشف كونه تمليكا وهذا لا شبهة في جواز بيعها مع عروض المسوّغ لها كما سيأتي في مسوغات بيع الوقف.

ثم ان هنا قسما آخر من الوقف فيكون به الاقسام خمسة و هو الوقف على الوقف نظير الاوقاف على المساجد والمشاهد والمدارس كما جرت السيرة على وقف الدكاكين و الحمامات والعقار على المدارس والمساجد و المعابد والظاهر أنها تمليك عليها وان كانت نفس المساجد غير مملوكة و ذلك فان قوام الملكيّة انما هو بالاضافة بين المالك والمملوك فتلك الاضافه خفيفة المؤنة فكما يمكن اعتبار الملكية للاحياء والأموات من ذوى الشعور والعقول . فكك يمكن اعتبارها الغير ذوى الشعور أيضا من الجمادات كما يمكن اعتبارها للكلي واعتبار الكلي ملكا للشخص مع الاضافة الى الذمة على ما تقدم.

وبالجملة أن اعتبار الكلي لغير ذوى الشعور من الاشخاص الجماديه ليس أخف من اعتبارها للكلي واعتبار الكلي ملكا لذوى الشعور كما هو واضح،

بل هذا المعنى موجود فى بناء العقلاء ايضا مع قطع النظر عن الشرع فان في بنائهم اعتبار الملكية على غير ذوى الشعور .

وعليه فآلات المسجد واسبابه لا تلحق بالمسجد فى الحكم بجواز البيع فان نفس المسجد ليس ملكا لأحد كما عرفت وهذا بخلاف الالات فانها تمليك للمسجد فيجوز بيعها اذا عرض لها مايسوغ البيع ولا يبعد . بل من القريب أن من هذا القبيل الموقوفات التى وقفت على المشاهد المشرفة من القناديل والسّراج ونحوهما فانها تمليك لها لينتفع بها فيها بالمنافع التى أعدت لها ولو كانت هى التزين وتعظيم الشعائر فانه لا يترتب فائدة على القناديل المعلقة من المشاهد والجواهر المعلقة مع كونها باغلى القيم واعلاها الاّ التزيين والتعظيم فلايجوز بيع شيء منها الاّ بعروض مجوّز فليس حكمها حكم المشاهد . فانك عرفت أنها ليست ملكا لاحد . بل هى تحرير كالاماء والعبيد اذا اعتقوا وهذا بخلاف هذه الامور فانها تمليك للمشاهد فيجوز بيعها عند عروض المجوّز و من أخذها يكون ضامنا .

ومن هذا القبيل وقف الدكاكين و الحمامات وبقية الاملاك على المدارس والمساجد والمشاهد ولكن فرق بينها وبين آلات المسجد و قناديل الحرم وجواهرة التى وقفت للتزيين والتعظيم وهو ان الدكاكين ونحرها وقفت عليها لتكون منافعها لها بحيث تصرف فيها نظير صرف منافع الموقوفات على الكلى فى أفرادها فتكون تلك المنافع ملكا طلقا لها ومملوكا شخصيا لهؤلاء وكك منافع تكون ملكا طلقا للمساجد والمشاهد بحيث ان لمتوليها بيع تلك المنافع وتبديلها بشيء آخر من غير عروض مجوّز لها ثم بيع ذلك أيضا و تبديلها بشيء آخر من الدار والدكان ونحوها وهذا بخلاف الاصل أعنى ذى المنفعة فانه لا يجوز بيعها الاّ بعروض المجوّز كما أن مايكون وقفا للعناوين

الكلية أو الذرية تكون منفعتها ملكا طلقا لهم يفعلون فيها ما يشاؤون بخلاف أصل الوقف الذى حصل منه النفع فحقيقة الوقف الذى عبارة عن تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة موجودة هنا من غير أن يكون تحريرا وهذا بخلاف مثل آلات المسجد والمشاهد وماكان وقفا لها للتعظيم والتكريم فان نفعها عبارة عن التعظيم فقط فليس لها نفع سواه وسوى التزيين فيكون نظير الوقف على الجهة كالمدارس والقناطر والربط والخانات فليس للموقوف عليهم الا الانتفاع بالتفرج ونحوه ، أى انهم ما لكون بمنفعة خاصة لا بجميع منافعها فان مالكيتهم مضيق فيها كتضيق مالكيتهم على اصلها لا أنهم مالكون بالانتفاع فانه لا معنى للوقف ، بان يكون الموقوف عليهم ان يملكون على فعلهم و جملة من تلك الالات نفعها يكون منحصرا باستراحة الزوار والمصلين وجملة منها تكون ذو جنبتين أى يكون نفعها تعظيما للشعائر وعائدا الى استفادة الزوار والمصلين وعلى كل حال فليست وقفا على الجهة ، بل وقف على نفس المساجد والمشاهد وتمليك لها ولكن الداعي يختلف تارة يكون انتفاع الناس فقط ، وأخرى تعظيم الشعائر من حيث التزيين فقط ، وثالثة يجتمعان وكيف كان فما كان نفعه عائدا الى الواردين فمن حيث أنهم واردين لهذا المحال وزوارها والمصلين فيها .

ثم انه من هذا القبيل الاجزاء المستحدثة فى المساجد و المشاهد كاسقف والجدران ونحوهما فانها تمليك لها من غير أن تكون تحريرا و لذا يجوز بيعها بعد الخراب اذا لم يمكن صرفها فى نفسها ، بل يمكن القول بذلك فيها اذا لم تكن مستحدثة ، بل صار وقفا على هذا النحو كما اذا ابنى بناء ثم جعله مسجدا ، بل الامر كك فى جميع اجزاء المشاهد والمساجد أى ماكان الوقف تحريرا فجميع اجزائها من الارض والجدار والسقف وسائر

الاجزاء كلّها وقف على نحو التمليك المسجد والمشهد وان المسجد والمشهد غيرها أى المكان التى تلك الاجزاء موجودة فيها فانها بحسب التحليل و الدقة ليست بمسجد ومشهد، بل من أجرائها وان كان يحرم تنجيسها و هتكها الاّ أن ذلك من جهة كونها جزء للمسجد والمشهد وتحقيق هذه الدعوى ٠

أن المسجد انما هو المكان الذى يحتاج اليه كل جسم ويفتقر اليه وليس هذا المكان عبارة عن الأرض ولا الهواء الموجود فى الفضاء ، بل هما أيضا من الاجسام المحتاجة الى المكان ، بل المكان وان كان شيئا يحتاج فهمه الى النظر الدقيق ، بل مما يتحير فيه العقول ويختلف فيه أهل الفلسفة أيضا فى بحث الاعراض وفى بحث غناء الواجب تعالى من المكان ولكن الظاهر و لو بحسب المسامحة العرفية أنه عبارة عن البعد الخالى من كل شىء حتى من الهوى ولذا لو اخرجت جميع اجزاء المسجد من الارض والسقف و الجدران الى محل آخر واترس محلها تراب وجص غيرها ترتب حكم المسجد على الاجزاء الجديدة وانسلخت عن الاجزاء الخارجة وهكذا الحكم فى غير المساجد من الاملاك الشخصية فان المكان الذى متعلق حق الناس اذا خلا عن جميع الاجزاء من التراب والاجر والجص وبفرض المحال عن الهواء ايضا ، بل الى تخوم الارض بالفرض المحال لو كان الى تخوم الارض متعلق حق الغير وان لم يكن كك فان متعلق الحق ما يعتبره العقلاء للملاك من الفوق والتحت وكك فى المساجد، فى غير المسجد الحرام ، فانه ورد روايتين فى خصوص مسجد الحرام انه مسجد من تخوم الارض الى عنان السماء ٠

فاذا خليت عن التراب الى تخوم الارض بالفرض المحال هل يتوهم أحد أن حق المالك زال عن هذا المكان ، بل نفس ذلك المكان متعلق حق

الغير وملك له فليس لأحد أن يزاحمه .

وبالجمة أن المكان سواء كان مسجدا أو ملكا لاحد ليس عبارة عن الارض والهواء ، بل جميعها موجود في المكان وذلك المكان مسجد و ملك للغير من الفوق والتحت بالمقدار المتعارف لا من تخوم الارض الى عنان السماء كما توهم أنه من تخوم الارض الى عنان السماء مسجد فانه بلامدرك فلو خليت الأراضي من جميع الاجزاء الارضية .بل الهواء أيضامحالا فالمكان الخالي من الفوق والتحت مسجد وملك للغير بالمقدار الذي يعتبرها العقلاء ملكا في الاملاك وهذا المقدار أيضا مسجد وكك الامر في المسجد الحرام أيضا فلوخربت الكعبة العياذ بالله واخرجت الاحجار والتراب عنها ، فلم تزل الكعبة ، بل زالت اجزائها بحيث لا فرق بين البناء الموجود فيها و الهواء الموجود في السماء الرابع فان جميعها كعبة وكك الى تخوم الارض فالكعبية غير قائمة بذلك البناء والذي يدل على صدق هذه الدعوى مضافا الى ماذكرناه ماذكره شيخنا الاستاذ من ان المساجد وكك المشاهد تحرير ملك وفك له الى الابد حتى يرث الله الارض بحيث لا ينقلب عما هو عليه بوجه مع أن جدرانها وكك سائر أجزائها عن السقف وغيره لا تبقى الى الابد بل تخرب ويتجدد ببناء آخر ولو بعد الف سنة فلوكان قوام المسجدية و المشهدية بتلك الاجزاء لزالت ولم تبقى الى الابد فهو خلف و مناقضه و تكشف من ذلك أن المسجدية غير قائمة بها وانما هي اجزاء المسجد كمالا يخفى .

بقي هنا شيء وهو أن ثوب الكعبة هل هي وقف للكعبه أو للزائرين أو للخدمة وانه على تقدير كونه وقفا للكعبة كيف يجوز اخذه في كل سنة وصرفه في غير مصارف الكعبة .

أقول : الظاهر أنه بذل للبيت الى ان يكون لها سنة واحدة فلايجوز التصرف فيه الى سنة ثم يأخذه المتصدى للكعبه ويتصرف فيه ببذله الى خدمتهأو الى زواره كيف شاء ، بل سمع أن في المصر موضع وقف على ذلك بحيث أن يصنع منه في كل سنة ثوبا للكعبة .

وبالجملة أن ثوب الكعبة لا يقاس ببقية اموال المساجد والمعابد و المشاهد فانه لا يجوز التصرف في بقية أموالها بنحو و هذا بخلاف ثوب الكعبة فانه يجوز التصرف فيها بعد سنة لأنه من الاول جعل هكذا خصوصا لو صح ما سمع ما ذكرناه من تهيته موضع لذلك فى المصر .

وبالجمله ثوب الكعبة ليس وقفا لها ليستشكل فيه بانه كيف يسوغ بيعه بعد سنة مع كون الوقف مؤبدا ، بل هو هدية للبيت ينتفع به الى سنة و لا يجوز لاحد ان يتصرف فيه الى سنة ثم يؤخذ ويتصرف فيه فمن الاول جعل هبة للبيت الى سنة ثم الى المسلمين او الخدمة ونحوهم ويشهد على ذلك ما ورد من جواز بيع استار الكعبه والانتفاع به كما فى رواية مروان بن عبد الملك واما ما ذكر من عدم جواز التكفين به فمن جهة الاحترام لتنجسه بما يخرج من اسفل الميت .

الكلام فى مسوغات بيع الوقف

(قوله : اذا عرفت جميع ما ذكرنا فاعلم أن الكلام في جواز بيع الوقف يقع فى صور) .

أقول : ذكرت امور يجوز بها بيع الوقف منها ان يخرب الوقف وان كان المذكور فى كلامهم هو ذلك ولكن الخراب ليس موضوعا للحكم ، بل موضوع

الحكم هو عدم امكان الانتفاع به و الخراب مقدمة لذلك و من هنا لا ينحصر الحكم بالخراب فقط، بل يجرى فى كل مورد سقط عن الانتفاع به كما يجرى فى الخراب ايضا ،وذلك كالدار الموقوفة اذا خربت وكذلك اخشابها و الحيوانات الموقوفة لمسجد اذا ذبحت أو الاعيان الموقوفة اذا سقطت عن الانتفاع بها كالدور غيرها اذا كانت فى قرية خربت أو غار عنها اهلها و بقيت الدار الموقوفة مسلوبة عنها المنافع و هكذا الظروف و الاخشاب و الاحجار و نحوها ·

فتحصل انه لا موضوعية للخرابية ثم انه يقع الكلام هنا فى جهتين : —

الاولى :من جهة المقتضى

والثانية :من جهة المانع·

اما الكلام فى الجهة الاولى ،فحاصل ماذكره المصنف أن المانع من بيع الوقف أمور ،فلايجرى شيء منها فى المقام الاول الاجماع·

وفيه وإن ادعى الاجماع على عدم جواز بيعه كما هو كك سواءكان اجماعا تعبديا أو لـه كك ، الاّ انه لا يجرى فى المقام اذ لا خلاف فى جواز بيعه عند خرباه وسقوطه عن الانتفاع به ·

الثانى ما فى رواية على بن راشد لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك ·

وفيه انها منصرفة الى غير هذه الحالة لان النظر فيها ان كان الى موردها فلاشبهة ان مورد كلامنا مايكون الوقف ساقطا عن الانتفاع به و فى الرواية ليس كك ولذا فرضت فيها الغلة فلوكانت ساقطة عن الانتفاع بها لم تكن ذات غلّة وان كان النظر الى اطلاقها فلاشبهة فى انصرافه الى غيرهذه

الصورة لان الواقف وقف الأرض لتبقى موقوفة وينتفع الموقوف عليهم بها لتكون المنفعة ملكا طلقا لهم او يملكون بالمنفعة الخاصة المعبر عنها بملك الانتفاع بالمعنى الذى ذكرنا والاّ فلا معنى للوقف لان يملك الموقوف عليهم بفعلهم فاذا سقط الموقوفة عن هذه الحالة فتخرج عن لزوم ابقائها الى الأبد فتخرج عن الوقفية التى كانت عبارة عن حبس العين وتسبيل الثمره من حيث جواز البيع لا من جميع الجهات ليقال ان لازم ذلك سقوط الوقف عن الوقفية كما تقدم ذلك فى توجيه كلام صاحب الجواهر واستاذه كاشف الغطاء فمن الاول لم يشمل اطلاق الرواية على ذلك و منصرف الى غير تلك الحاله كما ادعاه المصنف (ره) من انها منصرفه الى غير تلك الحالة ·

و اما قوله(ع) الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها فذكر المصنف اولا أنه ناظر الى وجوب مراعات الكيفية المرسومة فى انشاء الوقف وليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من احكام الوقف وان ذكر فى متن العقد و افاد ثانيا ولم سلم أن المأخوذ فى الوقف ابقاء العين فانما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاء البطون به مع بقاء العين والمفروض تعذره هنا ·

أقول : لاوجه لما افاده اولا فانه يرد عليه اولا انه مناقض لما استدل به سابقا على عدم جواز بيع الوقف ،وثانيا :أنه لاوجه لتخصيص الرواية بالكيفيات مع شمول اطلاقها للبيع ايضا فيحكم بعدم جواز بيع الوقف وعدم جواز التصرف فيه على غير جهة قصد الواقف أخذ بالاطلاق ·

وثالثا : على فرض عدم شمولها للكيفيات فالادلة الاخرى الناظرة على امضاء الوقف على طبق المعنى اللغوى الذى عبارة عن الحبس والسكون و على طبق المعنى الشرعى الذى ذكره الفقهاء اعنى حبس العين و تسبيل الثمرة كافية فى الماضية فلم ترد لادلة المانعة على نحو التعبد فعدم جواز

بيع الوقف ليس للتعبد. نعم ما افاده ثانيا من اعتبار ابقاء العين في مفهوم الوقف ولكن اعتبر ذلك مقيدا بانتفاع البطون فمع عدم امكان الانتفاع فلا يكون حقيقة الوقف متحققة هنا من حيث جواز البيع فقط لا من الجهات الاخرى بحيث يكون الوقف مطلقا باطلا فحينئذ لا تمنع عن البيع الادلة المانعة بوجه لما عرفت انها مسوقة لامضاء ما اعتبر في مفهوم الوقف فقط وليست ناظرة الى جهة التأسيس فمع انتفاء حقيقة الوقف ومفهومه من جهة جواز البيع فلا تبقى في البين أدلة الامضاء أيضا.

اما الكلام في جهة الثانية فهو ما اشار اليه بقوله، والحاصل أن الامر دائر بين تعطيله حتى يتلف، الخ.

أقول: انه لا اشكال في وجود المقتضي لبيع الوقف اذا عرضه ما يوجب سقوطه عن الانتفاع به وتحقيق ذلك ان الامر حينئذ دائر مدار تعطيل الوقف حتى يتلف وبين انتفاع البطن الموجود به وبين تبديله لينتفع بها البطن المتأخر والظاهر جواز تبديله بل لزومه لينتفع به البطن الموجود والبطون المتأخرة وذلك فان العبارة المقترنة بكلمة الواقف حتى يرث الله الارض ومن فيها مع كون العين الموقوفة مما لا بقاء لها الى الابد قطعا مع عدم المعنى لوقف المنقطع تدل على ان الخصوصية غير دخيلة في العين الموقوفة وأن الملحوظ فيها انما هي طبيعي المالية في ضمن أي شخص كان فما دام يمكن الانتفاع بعينها فبها والاّ فيبدّل بعين أخرى عن جنسها أو من غير جنسها فينتفع بها مثلا لو وقف عبدا أو حمارا أو شيئا آخر مما لا دوام فيه على صلاح المسجد حتى يرث الله الارض ومن عليها فلابد وأن يكون نظر الواقف الى طبيعي المال والاّ فلا معنى لتعقيب كلامه بهذه العبارة لعدم كونها قابلة للبقاء فاذا سقطت عن الانتفاع بها يبدل بشيء آخر فينتفع به وهكذا لتبقى الى

الأبد الاّ أن يعرضه بشيء ويهلكه فحينئذ ينتفى الموضوع وهكذا الأمر فى العين التى تصلح للبقاء ولكن عرض لها مايسقطها عن الانتفاع بها كالدار الموقوفة فى قرية فانه اذا غار اهلها سقطت هذه الدار عن الانتفاع بها فحينئذ يجوز بيعها وتبديلها بشيء آخر ،لايصرف ثمنها الى الموجودين لينقطع الوقف وان كانت لعرصة هذه الدار بقاء لماعرفت أن غرض الواقف انما هو البقاء الى أن يرث الله الارض ومن فيها والاتلاف مناف لغرض الواقف و من هنا اندفع ماتوهم من أن الاوقاف التى لابقاء لها فانما تصير ملكا طلقا للبطون اللاحقة فيجوز لهم أن يفعلوا فيها مايشائون على أنلازم ذلك أن يجوز بيعها بمجرّد موت الطبقة السابقة وان لم يعرض للوقف مايسقطه عن الانتفاع به وهو خلاف البداهة .

ويؤيد ماذكرناه أن الاوقاف ولوكانت من قبيل الربط والخانات لابقاء لها الى الأبد فمع ذلك أى معنى لاقتران صيغة الوقف فيها بانهاوقف الى ان يرث الله الارض ومن فيها أى يفنى ماسوى الله كماذكرت هذه الجملةفى وقف على (ع) فى الرواية المتقدمة الحاكية عن ذلك فيعلم من ذلك انالمراد هو ماذكرناه ، نعم مع كون العين الموقوفة هى الأرض فتكون العرصةالخاليه من كل شيء قابلة للبقاء .

ومن هنا اندفع مافى المتن من انه اذا كان الوقف مما لايبقى بحسب استعداده العادى الى آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم فينتهى ملكه الى من ادرك آخر ازمنة بقائه ولعله الى ذلك اشار بالامر بالتأمل .

ويضاف الى جميع ماذكرناه العمومات الدالة على صحه المعاملات من أوفوا بالعقود، واحل الله البيع وتجارة عن تراض فانها تقتضى صحة بيع

الوقف اذا سقط عن الانتفاع بها فان المانع عنها انما كانت هي الادلة الدالة على عدم جواز بيع الوقف فاذا سقطت هي عن المانعية فتكون هي محكمة ومقتضية لجواز البيع كما لا يخفى .

وبالجملة أن أدلة عدم جواز بيع الوقف فيما اذا كانت العين الموقوفه باقية على حالها وامكن الانتفاع بها في الجهة التي وقفها الواقف لاجلها واذا سقطت عن الانتفاع بها لم تكن مشمولة لها .

وبعبارة أخرى أن ما دلّ على المنع عن بيع الوقف ليس واردا على نحو التعبد، بل امضاء لما أنشأه الواقف من جعله ساكنا وغير متحرك بالبيع و الهبة وجعله مهرا للزوجة وغيرها من التصرفات كما يقتضيه مفهوم الوقف ايضا واذا سقطت العين الموقوفة عن الانتفاع بها ارتفع المنع عن بيعها وخرجت العين عن الوقفية من هذه الجهة وجاز بيعها كما لا يخفى .

ثم انه يقع الاشكال في أنه بعد ماجاز بيع الوقف مع عروض ما يخرجه عن الانتفاع بها وبدل بشيء آخر فكيف يصير ذلك وقفا كمبدله مع عدم تعلق الانشاء من الواقف عليه .

وعلى تقدير تعلق الانشاء به فلا فائدة فيه فانه لا يملك بالبدل حين وقف المبدل فما لا يملكه لا يجوز وقفه لانه لا وقف الاّ في ملك وبعد تبديله بالثمن فليس ملكا للواقف وعلى تقدير رجوعه الى ملكه لا يكون وقفا الاّ بانشاء جديد فهو منفي ، بل مقتضى القاعدة حينئذ أي مع الرجوع الى ملكه اما كونه ملكا للواقف على تقدير حياته وللورثه مع موته وهذا هو الذي يقتضي كون البدل وقفا للبطون جيلا بعد جيل لا ماذكره المصنف من كون الملكية للموجودين فعلية وللمعدومين شانية فان الملكية الشانية للمعدومين موجودة في اموال جميع الناس بالنسبة الى الورثة فليس منحصرا بالمقام ، بل ملكية

المعدومين انما هو بانشاء الواقف لأن المعدومين يتلقون الملكية من الموجودين بموتهم كما يوهمه ظاهر عبارة المصنف وان لم يكن مرادا له فان مراده هو ماذكرناه.

والذى ينبغى ان يقال ان الانشاء وان تعلق بالعين الشخصيه الموجودة فى الخارج ولكن لاخصوصية للخصوصية الخارجية فى العين الموقوفة وانما هى هذه العين الخارجية مع لحاظ المالية العاريه عن الخصوصية الشخصية فهذه المالية فى هذه العين الموقوفة الخارجيه ما دامت موجودة وبعدها تكون باقية فى العين الآخر مع التبديل واذن فالمالية المحفوظة مع الامكان متعلق الوقف فلافرق فى كونها وقفا بانشاء الواقف وهذا والاخدشة فيه فى مقام الثبوت.

واما فى مقام الاثبات فالقرينة على ذلك كون الوقف مؤبدا الى ان يرث الله الأرض ومن فيها وعدم امكان ابقاء العين الى الابد فيعلم من ذلك أن الوقف انما تعلق بشىء له أمد حسب طول الزمان بقدر الامكان غايه الأمر مادامت العين الموقوفه بشخصها باقيه فخصوصياتها أيضا متعلق الوقف حين الانشاء ولذا لا يجوز تبديلها قبل عروض المجوّز اذن فالبدل وقف بانشاء نفس الواقف لا بانشاء آخر على أنه لوكان ملكا للبطن الموجود لا تنتقل حق كل منهم بمجرد موته الى وارثه مع أنه ليس كك.

ثم انه يقع الكلام فى جهات :-

الاولى : هل البدل ملك للواقف أو للموجودين أو حكمه حكم الاصل فى كونه وقفا فالظاهر أنه وقف كأصله فليس ملكا للواقف ولا للموقوف عليهم اذ لامقتضى له. بل ملك للموقوف عليهم ملكية قاصرة لا ملكية مطلقة ويدل على ذلك نفس جواز بيع الاصل مع عروض المجوّز فانه لوكان ذلك ملكا للموقوف عليهم

لم يكن وجه لجواز البيع ولا للزومه، بل يكون ملكا لهم بمجرد عروض المجوّز فيعلم من ذلك ان الموقوفة أمر قابل للبقاء فما دام يمكن بقائها في العين الخارجية فبها واذا توجّه الى الزوال فيباع فيبدل بشخص آخر كما عرفت مفصّلا ولو كان ذلك ملكا للموقوف عليهم الموجودين لكان حق كل منتقلا الى وارثه بموت واحد منهم وليس كك٠

والذى يوضح ذلك وكون البدل وقفا أنه لو أتلفه أحد فهل يتوهم أحد أن ماضمنه يكون للموقوف عليهم بل لا شبهة في كونه وقفا كالاصل و يجعل مقامه وتثبت لهم الملكية لها ملكية قاصرة بمعنى ليس لهم أن يفعلوا في البدل، ما شائوا من الهبة والبذل وجعله مهرا للزوجة الاّ جواز البيع و من هذا القبيل المثلان الذان ذكرهما المصنف٠

الاول : ان دية العبد المقتول مشترك بين البطون فثمنه أولى بذلك حيث انه بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقف فجاز عقلا مع سرايه حق البطون اللاحقة اليه بخلاف الثمن فانه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة الحقيقية فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض٠

الثاني : أن بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهنا لأن حق الرهنية متعلق بالعين من حيث أنه ملك لمالكه الاول فجاز أن يرتفع لا الى بدل ارتفاع ملكية المالك الاول بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم فانه ليس قائما بالعين من حيث انه ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود منشىء بانشائه مقارن له بحسب الجعل متأخر عنه في الوجود٠

وبالجملة تعلق غرض الواقف بدوام الوقف وكونه مؤبدا وجواز بيعه اذا

عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به وكون بدله وقفا فى موارد الاتلاف و الغصب كما أن بدل الرهن رهن جميعها يدل على كون البدل قائما مقام المبدل بعد البيع كما هو واضح.

نعم ، بعد ماكان حكم المبدل جاريا على البدل فهل يحتاج الى صيغة الوقف ام لا يحتاج ،فالظاهر أن هذا الاحتمال احتمال لغو و ذلك لأن البدل ان كان بمجرد الشراء والبيع وقفا فلايحتاج الى الصيغة ثانيا لأنه تحصيل الحاصل وان لم يكن وقفا بان كان يرجع الى ملك الواقف فما الذى أوجب كونه وقفا ، بل يبقى فى ملك الواقف مع وجوده وينتقل الى ملك الوارث مع موته وكك اذا كان ملكا للموقوف عليهم .

وبالجملة لوقلنا باحتياجه الى الصيغة فلابد وان يكون ملكا لشخص فى الزمان الفاصل بين البيع واجراء الصيغة وأى ملزم لاجراء الصيغة والوقف ثانيا :مع كونه ملكا لاحد،بل له أن لا يوقفه ثانيا .

وينبغى ان يقال أن البدل وقف من دون احتياجه الى الصيغه أما كونه وقفا فكما عرفت واما عدم احتياجه الى الصيغة فلما عرفت ايضا من أنه مع الاحتياج اليها يلزم ان لا يكون وقفا ولو بالمقدار الفاصل بين البيع ، و الوقف وبعده فما الملزم للمالك لان يوقف ذلك ثانيا اذا أراد ان لا يوقف مع انا نقول بالوقفية مطلق على ان البيع تبديل شىء بشىء فى جهة الاضافة فما يكون وقفا ملك للموقوف عليهم فى غير موارد التحرير فاذا بدل بشىء آخر يكون البدل ايضا قائما مقام المبدل وملكا للموقوف عليهم نظير بيع الزكاة فان بدلها يقوم مقام المبدل فيكون زكاة وهكذا فى جميع الموارد كما لا يخفى .

(وفى حاشية الايروانى صفحة ١٧٥ مايرجع الى ذلك) .

الجهة الثانية: فهل يترتب حكم المبدل على البدل بمعنى انه كما كانت مالكية الموقوف عليهم بالنسبة الى الوقف قاصرة، فكك مالكيتهم على البدل، او ليس كك الظاهر أن حكم المبدل ترتب على البدل من جميع الجهات، فلا يجوز اعدامه ولا هبته ولا جعله مهرا للزوجة و لا أكله. لو كان مثل الشاة ونحوها الاّ في جواز البيع مطلقا فان الاصل لا يجوز بيعه الاّ مع عروض المجوّز وهذا بخلاف البدل فانه يجوز بيعه وان لم يعرضه المجوّز

والوجه في ذلك هو أن انشاء الواقف تعلق بالمبدل مع لحاظ ماليته بحيث جعل العين الشخصية الخارجية وقفا باعتبار ماليته ليكون الوقف قابلا للبقاء فمادام شخص الخارجي موجود لا يجوز بيعه الاّ مع عروض المسوّغ واذا انتقل الى البدل فلا يفرق في البدلية بين هذا وذاك ولذا لو رأى المتولي مصلحة في البيع فيجوز له بيعه أي البدل ثم تبديله بفرد آخر وأن لم يعرضه المسوّغ بخلاف الاصل فان بدل لما يجور بيعه فلو لم يجز بيع البدل لزم كون الفرع زائدا على الاصل و من هنا جاز بيعه بدنانير اليوم مع انه لا ينتفع بها الاّ باعدام الموضوع لكونه قرطاسا فلا معنى في كون القرطاس وقفا.

نعم، لوكانت الدنانير من الذهب فجاز وقفها لزينة النساء لاحتياجهم اليها في عرسهم فمن ليس له ذلك فتتزين بها اياما ثم يردها الى محلها وهكذا يأخذها الاخر.

فلو لم يجز بيع البدل، قبل عروض المجوّز لم يجز بيعه من الاول بالدنانير الفعلية.

وبالجملة كما ان الموقوف عليهم مالكون على الوقف ملكيّة قاصرة فكك مالكيتهم على البدل قاصرة فكما أن الاصل جاز بيعه فكك الفرع و الاّ لزاد

الفرع على الاصل الاّ أن في البدل خصوصية لا يحتاج الى عروض المجوّز و هى ماذكرناه ·

ودعوى كون البدل ايضا وقفا مع الخصوصيات الخارجية الشخصية دعوى جزافية لاحتياجه الى الانشاء الاخر من الواقف فهو منفى والانشاء الواحد لا يتكفل بكون الاصل والفرع بخصوصيتهما وقفا كما لا يخفى ·

و دعوى أن كون البدل بالخصوصيات الشخصية وقفا لا يقتضى تعدد الانشاء والاّ لزم تعدده في المبدل ايضا دعوى جزافية فان الواقف أنشاء كون العين الخارجى وقفا بجميع شئونها الاّ اذا عرضه المسوّغ فيجوز بيعه فاذا بيع ينتقل الحكم الى البدل من جهة المالية ويترتب عليه جميع أحكام المبدل فى حالة جواز البيع فحيث كانت الملكية عليه قاصرة فكك الملكيه على البدل بمعنى انه لا يجوز التصرفات المالكية فيها الاّ البيع كما عرفت·

وذكرنا الى هنا أن الوقف اذا عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به فيجوز بيعه وأن الادلة المانعة ايضا لما أنشائه الواقف من حبس العين وتسبيل الثمره فلا تشمل صورة تعذر الانتفاع لعدم كون تلك الادلة تعبدية كما عرفت أن حكم البدل حكم الاصل من جميع الجهات فكما أن ملك الموقوف عليهم على المبدل ملكية قاصرة فكك ملكهم على البدل بمقتضى الانشاء والادلة المانعه واوفوا بالعقود، فكما يجوز بيع المبدل وكك يجوز بيع البدل فانه بدل لما يجوز بيعه فلو لم يجز بيعه فكان الفرع زائدا عن الاصل ·

الجهة الثالثة : فهل يجب شراء المماثل للوقف بقدر الامكان أم لا بل اللازم مراعات الاصلح فالاصلح على حال الموقوف عليهم و ان كان غير مماثل فانه ذكر أن للعين الموقوفة ثلاثة حالات العين بخصوصياتها الشخصية والعين بخصوصياتها النوعية والعين بمالها من المالية فاذا انتفت

العين بخصوصياتها الشخصية فتبقى فيها الحالتان الاخرتان ، و اذن فيجب شراء المماثل للوقف الحاوى للخصوصيات النوعية والجهة المالية و ذكروا ذلك فى باب الضمان ايضا فحكموا بالضمان بالمثل كما حققنا مفصلا .

وفيه أنه ممنوع صغرى وكبرى كما ذكره المصنف ، اما الوجه فى منع الصغرى هو أن غرض الواقف يختلف فى ذلك فان غرضه ليس دائما متعلقا ببقاء العين و مع انتفائها ببقاء ما هو أقرب الى العين ليحكم بوجوب شراء المثل بقدر الامكان .

اذ قد يتعلق غرضه بالانتفاع من منافعه من غير ملاحظة خصوصية العين سواء كانت دارا أو دكانا أو غيرهما فحينئذ لا بدّ من مراعات ما هو الاصلح لحال الموقوف عليهم فان الموقوفة وان كانت دارا مثلا ، ولكن منافع الدكان من حيث الاجرة وعدم احتياجه الى التعمير كثيرا كما احتاجت الدار اليه اكثر فيجوز بيع الدار وشراء الدكان بدلها وهكذا وقد يكون غرض الواقف بقاء عين الموقوفة بقدر الامكان كما اذا كان كتابا مخطوطا بخط جده أو بخط واحد من الاكابر فاراد الواقف بقائه تحت يد الذرية فوقفه عليهم فان النظر انما تعلق بحفظ هذه العين الموقوفة فاذا تعذر حفظها وجاز تبديلها ببدل فيجوز ايضا التبديل بأى شيء كان فان ما تعلق به غرض الواقف قد فات بفوات العين ولا يفرق فى غرضه تبديلها بأى شيء كان .

وقد يكون غرضه متعلقا بالانتفاع بثمرته كما لو وقف بستانا لينتفعوا بثمرته فيبيع فدار الامر بين أن يشترى بثمنه بستانا فى موضع لا يصل اليهم الا قيمة الثمرة وبين أن يشترى ملك آخر يصل اليهم أجرة منفعته فان الاول وان كان مماثلا الا أنه ليس اقرب الى غرض الواقف وقد يكون غرضه متعلقا بالانتفاع بمنفعة خاصة كالسكنى فحينئذ يلزم التبديل بما يكون قابلا لذلك .

بوالجمله أنه لا انضباط فى غرض الواقف ليكون متعلقا ببقاء العين بجهاتها الثلاثة ومع انتفاء الخصوصيات الشخصية تلاحظ فيها الجهة النوعية والمالية ، بل الوقف ما دام موجودا بشخصه لا يلاحظ فيه الآمد لولا كلام الواقف للادلة الخاصة ولدليل وجوب الوفاء بالعقد .

وتوهم ان الشرط الضمنى يقتضى شراء المماثل فاسد فانه ليس هنا شرط ضمنى أولا وعلى تقدير وجوده فلايكون مخالفته الاّ غير مشروع أو موجبا للخيار وأما فساد البيع بغير المماثل فلاوجه له واذا بيع و انتقل الثمن الى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه الاّ مصلحتهم .

و أما الوجه فى منع الكبرى فلانه لا دليل على مراعات المماثلة أصلا و انما اللازم ملاحظة مدلول كلام الواقف فى انشاء الوقف ليجرى الوقوف على حسب مايوقفها اهلها فحيث عرفت أن ملاحظة كلامه من العباره المقترنه عليه أعنى الى أن يرث الله الأرض ومن فيها تقتضى ان تكون العين الموقوفة الى الأبد فاذا كانت قابلة للبقاء فلاكلام لنا فيه كالعرصة الخالية من العماره والا شجار ونحوها والاّ فلابدّ من التبديل الى مايكون باقيا ولو بالتبديل على مرات ولا يستفاد من ذلك أزيد من وجوب تبديل العين الى البدل اذا عرضها الخراب واما كونه مماثلا للعين فلايستفاد من ذلك ولا عليه دليل آخر يدل على اعتبار التماثل كما لا يخفى .

ولا يقاس ذلك بباب الضمان فان مقتضى دليل الضمان فيه هو الضمان بالعين وردها بجميع خصوصياتها الشخصية والنوعية و المالية فحيث أنه لا يمكن ردها بخصوصياتها الشخصية لامتناع اعادة المعدوم وعلى تقدير امكان الاعادة فهو ليس بقادر على اعادة الخصوصيات الشخصية فقهرا تصل النوبة الى الضمان بالمثل و مع عدم امكانه ايضا فالى الضمان بالقيمه . ففى

باب الضمان فالعين تكون مضمونة اولا ومع الانتفاء فالمثل و مع الانعدام فالقيمة وهذا بخلاف المقام فان الدليل هنا أعنى ملاحظة انشاء الواقف لا يقتضى أزيد من ابقاء الوقف بجميع خصوصياتها الشخصية مادامت العين باقية فاذا انتفت العين يكون بدله وقفا بعد البيع والشراء فيجلس البدل مكان المبدل بما هو طبيعي البدل لا البدل المماثل كما لا يخفى

نعم لو اشترط الواقف عند انشاء الوقف مراعات المماثلة في التبديل و اخذ البدل يجب مراعاته بمقتضى اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم و الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها أو يقفها أهلها وهذا أمر آخر لا يرتبط بالتبديل بدون الاشتراط.

الجهة الرابعة: في أنه اذا احتاج الى التبديل فهل يتصدى به الحاكم الشرعي أو الموقوف عليهم أو الناظر أو يحتاط بالجمع بين الحاكم والناظر كليهما كما صنعه شيخنا الاستاد او يتصدى الموقوف عليه مع نصب الحاكم القيم على البطون المتأخرة وجوه.

والذى ينبغي أن يقال انه يجب مراعات نظر الواقف بانه بأىّ كيفيه انشأ الوقف فان كان نظره كون الوقف للموقوف عليهم وما لكيتهم عليه من دون أن يكون لهم السلطنة على الوقف، بل السلطنة من جميع الجهات بيد الناظر للوقف ومتوليه فحينئذ ليس للموقوف عليهم ولا للحاكم أن يتصدى بالبيع اصل، بل المتصدى بذلك هو الناظر فقط أما الحاكم فواضح، لانه ولى من لا ولى له، والناظر ولّى الوقف فيتصرف فيه على النحو الذى جعله الواقف متوليّا للوقف لان الناس مسلطون على اموالهم، فنتصرف فيه كيف يشاء فله أن يقفه ويجعل تولية الوقف للغير ولا يكون للموقوف عليهم الآ الملكيه فقط لعلا يقع بينهم النزاع والتشاجر لو كان أمر الوقف بيديهم

و من هنا ظهر عدم کون الموقوف علیهم متصّدیا بالبیع، فان الواقف مالك علی العین فله ان یفعل فیها مایشاء فاذا وقفها للموقوف علیهم و جعل سلطنتها تحت ید الناظر فیتبع فلایکون للموقوف علیهم الآملکیه قاصرة من غیر أن یقدروا علی التصرف فیه غیر أنهم مالکون له فلهم منافعه، و اما السلطنه علیه فهی بید الناظر.

وبالجملة ان الموقوف علیهم وان کانوا مالکین للعین الموقوفه الا انهم قاصرون عن التصرف فیها لعدم سلطنتهم علیها من قبل الواقف بل سلطنته تحت ید الناظر فقط بجعل الواقف کما هو واضح.

وان لم یکن هنا ناظر ولم یجعل الواقف أمر السلطنة للناظر و للحاکم بل وقف العین للموقوف علیهم غیر تعرّض لهذه الجهات بوجه فحینئذ یکون أمر الوقف بید الموقوف علیهم وتکون سلطنته لهم لان الملك لهم و الناس مسلطون علی اموالهم، فلیس للحاکم ولا لغیره التصرف فیها بوجه، بل یکون تصرفات غیر الموقوف علیهم تصرفا محرّما فانه لا دلیل علی ولایة الحاکم علی ذلك کما تقدم اللّهم الاّ أن یقال ان الحاکم ولی من قبل المعدومین فانهم ایضا مالکون للوقف ولکن قاصرین عن التصرف فیه فیکونون کبقیة القاصرین و من الواضح أن الحاکم الشرعی ولّی القهر.

وفیه اولا أنه لاکلیة لذلك بأن یکون البطن الثانی قاصرا عن الوقف لکونه من المعدومین لجواز وجودهم ووجود البطن الثالث، نعم یصح هذه الدعوی فی غیر الموجودین، فلا وجه لدعوی کون الحاکم ولیّا لغیر البطن الموجود لقصورهم علی الوقف للعدم.

و ثانیا ان المعدومین لیسوا مالکین للوقف ولا أن لهم حقا فیه بالفعل لیکون الحاکم ولیّا لهم فی حفظ حقهم غایة الامر أن الواقف جعل لهم فی

انشاء الوقف حقا تعليقيا بمعنى اذا ماتت الطبقة الاولى فتنتقل الموقوفة الى الطبقة الثانية لا الى الورثة و عليه فلاموضوع لولاية الحاكم لهم اصلا .

ثم ذكر المصنف فى ضمن هذا الفرع فرعا آخر و هو أنه بناء على كون نظارة الوقف للحاكم أو للناظر أو للموقوف عليهم فى البيع ونحوه فهل للناظر على الأصل نظارة للبدل ايضا فيصدى هو ببيعه وشرائه أم لا ؟

والظاهر أن هذا ايضا تابع لقصد الواقف وجعله كما ذكرناه فى رجوع أمر الأصل الى الحاكم أو الى الناظر أو الى الموقوف عليهم فمع الاطلاق فيكون للموقوف عليهم لان الناس مسلطون على اموالهم .

قوله : ثم انه لو لم يمكن شراء بدله ولم يكن الثمن مما ينتفع به .

اقول : فذكر المصنف هنا فروعا الاول أنه اذا لم يمكن شراء البدل للمبدل ولم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه لكونه من النقدين ، فقد عرفت أن النقدين لا يجوز وقفهما لعدم امكان الانتفاع بهما الاّ بالاعدام الاّ اذا كانا من الذهب والفضة وقصد بهما التزيّن فانه يجوز وقفهما لذلك وأما فى غير هذه الصورة خصوصا النقود الفعلية القرطاسية فلايجوز وقفها وعليه فلا يجوز دفعها الى البطن الموجود لماعرفت من كون البدل كالمبدل مشتركا بين جميع البطون فحينئذ توضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به ولو وجد فى ظرف التفحّص من يبيع الدار مثلا ببيع خيارى يفى ثمن الوقف بشرائه كما اذا كانت هناك دار تساوى الف دينار فيبيعها المالك بالبيع الخيارى بخمسة مائة دينار وكان ثمن الوقف ايضا خمسة مائة دينار فيجوز ذلك فان فسخ البيع بعده فيرد الثمن مع انتفاع الطبقة الموجود فى البين و ان لم يفسخ فيكون بدل الوقف أقوى وانفع من الوقف فينتفع به الموجودين والمعدومون .

ثم قال ولو طلب ذلك البطن الموجود فلايبعد وجوب اجابته و لا يعطل الثمن حتى يؤخذ مايشترى به من غير خيار .

اقول : وفي كلامه قدس سره جهات من البحث :ــ

الاولى :أنه هل يجوز بيع الوقف بالدرهم والدينار خصوصا اذا كانت مما لا ينتفع به الاّ باعدام موضوعه(قال المحقق الايرواني ان البدل لابدّ وان يكون عينا صالحة لان توقف من جهة اشتمالها على المنفعة فلو كان مما لا منفعة فيه كالدراهم لو فرضنا ذلك فيها لم يجز جعله بدلا) .

و الوجه في ذلك هو ان الواقف جعل ماله وقفا على الموقوف عليهم مؤبدا بحيث يحبس أصله ويسبل ثمره وما لا نفع فيه الاّ باعدامه فلا يكون قابلا للبدلية ،نعم لوقصد به التزيّن فلابأس من جعله بدلا ولكنه أمر نادر الوجود.

ويرد عليه أمران :الاول) أن الوقف وان كان مؤبدا ولكن يجوزتبديلها بالنقود وان لم ينتفع بها الاّباعدام موضوعها وذلك من جهة ان غرض الواقف انما هو بقاء الأصل وتحبيسه وتسبيل الثمرة ومن المعلوم أن هذا لا يكون الاّ بالبيع،فان كثيرامن الاعيان الموقوفة ليست قابلةللبقاءفلابدّ من التبديل وتبديل عين الوقف بعين آخرى لا يوجد الاّ قليلا فانه قلما يوجد من يرغب ان يبدل الدار مثلا بالدكان فانتظار ذلك ربما ينجر الى خراب الوقف و فنائه .فلابدّ حينئذ من بيعه بالنقدين لكونه هو الكثير فاذا بيع بهافيشترى بها مايكون صالحا للبقاء .

وعليه فالنقود ليست بموقوفة بل في طريقة الوقف وصراطه بحيث يسار الى الوقف وجعله مؤبدا بالنقود والاّ فلايمكن تبديله عادة فان المعاوضة والمبايعة لا يكون عادة الاّ بالنقود.

الثاني : أن الوقف على قسمين :الاول) أن يكون وقفا بشخصه لتعلق انشاء الواقف به بالخصوص بحيث يكون وقفا بخصوصياته الشخصية فلا يجوز التصرف فيه بوجه ،حتى الموقوف عليهم لكون مالكيتهم عليها قاصرة الآ اذا عرضه مايجوّز بيعه فيجوز بيعه فليس لهم الآ الانتفاع بها ٠

والثاني) مايكون وقفا لكونه متعلقا لانشاء الواقف بحسب ماليته بمعنى انه حيث كان غرض الواقف دوام الوقف وأنه لم يكن حبسا ليكون مؤجلا و لم تكن العين الشخصية قابلة للدوام فهمنا من ذلك أن غرضه بقاء الماليه بعد ما سقط هذه العين بالخصوص عن الدوام ٠

وعليه فالبدل بعد التبديل وقف لاجل كونه بدلا عن الوقف ولذا قلنا بعدم احتياجه في كونه وقفا الى الصيغة كما تقدم ،ومن الواضح أنه بدل للمبدل في الحالة التي يجوز بيعه في هذه الحالة فالبدل أيضا يجوزبيعه مطلقا وعليه فلامانع من بيعه بالثمن أى النقود وكونها وقفا بالتبديل لكونها قائما مقام الوقف فيكون وقفا ثم تبديله ببدل آخر وهكذا كما أنه لوبدل الوقف من الاول بالعين الصالحة للانتفاع يجوز تبديلها بعين أخرى ايضا لما عرفت أن البدل ليس كالأصل حتى لا يجوز بيعه ، بل هو جائز البيع مطلقا من الأول بل كان قوام البدلية بالبيع والآ يلزم مزية الفرع على الاصل لأن الفرض أنه بدل لما يجوز بيعه فالبدلية في حالة جواز البيع٠

لا يقال انه و ان كان يجوز بيع البدل مطلقا ولكنه لا بدّ وان يكون في سلسلة الابدال كل واحد من الابدال جائز الانتفاع به والآ فيكون الوقف لغوا اذ لامعنى لكون شيء وقفا مع أنه عديم النفع٠

فانه يقال يكفي في خروج كون النقود وقفا عن اللغوية كونا بدلا عن الاصل مقدارا من الزمان يمكن تحصيل بدل آخر يكون قابلا للانتفاع به مع

بقاء عينه لما عرفت من ندرة تبديل العين الموقوفة بعين أخرى تكون قابله للانتفاع بها .

وبالجملة لا مانع من الالتزام بكون النقود وقفا في سلسلة الابدال نعم لا تكون وقفا من الاول كما عرفت .

فتحصل أنه لا مانع من بيع الوقف بالنقود ثم اشتراء عين أخرى لينتفع بها الموقوف عليهم .

الجهة الثانية : في شراء العين الصالحة للانتفاع بها بهذا الثمن بالبيع الخياري ويقع الكلام هنا في أمرين :ـ

الاول : في جواز شراء البدل بالبيع الخياري وعدمه .

الثاني : في اعتبار اذنهم في ذلك وعدمه وانه هل يجب البيع مع مطالبتهم ذلك أم لا .

أما الاول : فربما قيل بعدم جواز ذلك لأن الوقف يجب أن يكون مؤبدا و البيع الخياري في معرض الفسخ فلايكون وقفا .

وفيه أنه قد ظهر جوابه مما تقدم من ان وقفية البدل ليس على نسق وقفية المبدل لئلا يصلح للبدلية مالا يكون قابلا للدوام ، بل يجوز تبديل الوقف بكل شيء حتى الخبز الذى نفعه باعدامه وبالفواكه غاية الامر يبدل ذلك أيضا بشيء آخر وهكذا فيكون بهذه التبدلات المالية محفوظة التي تعلق غرض الواقف بكونها باقية وينتفع بثمرها .

وعلى هذا فلامانع من اشتراء دار أو دكان بهذا الثمن بالبيع الخياري فان فسخ البايع فقد حصل النفع للموقوف عليهم الذى كان غرض الواقف هو ذلك ، بل معنى الوقف كان هو ذلك لما عرفت من أنه تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة والثمن أيضا باق على حاله فيشترى به شيء آخر لينتفع به الموجودون

والمعدومون ، وان لم يفسخ فقد صار بدل الوقف أحسن منه لكونه يساوي بخمسة دنانير وما اشترى بثمنه يساوي عشرين دينارا ٠

أما الامر الثاني : فالظاهر أنه يجب الشراء سواء طالب البطن الموجود الشراء أم لا ، ولا وجه لتقييد وجوب الشراء بصورة المطالبة كما في المتن وذلك لأن الانتفاع بالوقف وان كان حقا للبطن الموجود ولكن ليس لهم اسقاط ذلك ولو بالرضا بعدم الشراء ليقف الوقف عن الانتفاع به مدة ٠

وذلك لأن كون الوقف بحيث ينتفع به مع بقاء عينه مما جعله الواقف كك فلابدّ بحسب انشاء الواقف وامضاء الشارع له أن يجعل الوقف هكذا فما دام العين موجودة فهو وبعد تبديلها بالعين الاخرى فلابد و ان يجعل بدله هكذا وان لم ينتفع البطن الموجود بنفعه أو رضي ببقائه بلانفع فان رضايته بذلك وعدم رضايته أو انتفائه وعدمه بان لم يأخذ نفعه أصلا ليس ميزانا في المطلب ولا يوجب تغيير انشاء الواقف ٠

الجهة الثالثة : في جعل الثمن عند أمين مع عدم التمكن من شراء البدل فهل يجب ذلك ام لا ، بل يجوز دفعه الى الموقوف عليهم فقد عرفت أنه ذكر المصنف أنه حيث كان الوقف حقا للبطون الموجودة و البطون المعدومة و كونهم شركاء في ذلك فان وجد ما ينتفع به البطن الموجود يجب شرائه ولو بالبيع الخياري ينتفع به الموجودين مع بقاء مال الوقف لنفع البطن المعدوم والاّ فلايجوز دفع الثمن الى البطن الموجود ، فانه كالمال المشترك فهل يجوز دفع المال المشترك الى بعض الشركاء ٠

اذن فيجب وضعه عند أمين الى ان يوجد ما يمكن ان يكون بدلا للوقف فيشترى به لينتفع به البطن الموجود والبطن المعدوم ٠

وفيه انك عرفت في بحث الامس أن المعدومين ليس لهم حق في الوقف

اصلا فضلا عن كونهم شريكا فيه وانما العين الموقوفة ملك للموقوف عليهم ·

نعم ، فالواقف بحسب انشائه جعله للبطون المعدومة على تقدير موت البطون الموجودة وبقاء العين الموقوفة فليس لهم الا حق تقديرى وتعليقى وعليه فيجب دفع الثمن الى البطون الموجودة لكونهم مالكين له و الناس مسلطون على اموالهم ·

نعم ، لو كان الثمن فى معرض الخطر مع الدفع اليهم ، بل يجعل عند امين ولكنه ليس مختصا بثمن الوقف ، بل الأمر كك فى أصل الوقف ايضا ، بل فى كل من كان الوقف فى يده ولو كان ناظرا وخيف منه لكونه غير مبالى فى الدين وأكل اموال الناس والموقوفات فانه حينئذ يجب استنقاذ الوقف منه و وضعه عند أمين ·

قوله : نعم لو رضى الموجود بالاتجار به وكانت المصلحة فى التجار فجاز مع المصلحة الى ان يوجد البدل ·

أقول : لا شبهة فى جواز الاتجار بثمن العين الموقوفة مالم يوجد البدل مع رضاية الموقوف عليهم واما بدونها فلا ، لأن الناس مسلطون على أموالهم وانما الكلام فى أنه هل يكون ربحه كمنافع العين الموقوفه للبطن الموجود أو أنه كالعين فى اشتراك البطون فيه وجهان ، الظاهر هو الثانى فان الثمن كالمبيع وربحه بمنزلة جزء المبيع لا بمنزلة منفعته فلا يختص بالبطن الموجود فهذا نظير اعطاء الوقف الذى يساوى بعشرة دنانير وأخذ شيء أخر بدله الذى يساوى بخمسين دينارا فان ما يحاذى بخمسين قائم مقام مايحاذى بعشرة فيكون كله وقفا كالمبدال وليس ذلك مثل الايجار فان الاجره من منافع العين الموقوفة فتكون ملكا طلقا للموقوف عليهم ·

قوله : ولو كان صرف ثمنه فى باقية بحيث يوجب زياده منفعه جاز ·

أقول : من جملة ما ذكره المصنف من الفروع أنه اذا خرب مقدار من الوقف وبقى المقدار الاخر كالنصف فبيع النصف الخراب فهل يجوز صرف ثمنه فى النصف الاخر ليوجب زيادة النفع أم لا ؟ فاختار المصنف جواز ذلك .

و حاصل كلامه : أنه اذا خرب نصف الوقف مثلا وبقى النصف الاخر بحيث يمكن الانتفاع بهذا النصف على النحو السابق ، ولكن اذا صرف ثمن نصف الخراب فى النصف الباقى يزيد الانتفاع بذلك النصف الباقى كنحو السرداب وازياد القبة للدار فهل يجوز صرفه فيه أم لا ؟ الظاهر هو الجواز ، فان الواقف بحسب انشائه جعل هذه الأرض وقفا بحيث ينتفع بها مع بقاء عينها واستفدنا ايضا من القرائن المحفوفه بكلامه كونه دائميا الى أن يرث الله الأرض ومن فيها وعليه فلا يفرق فى حال الواقف ولا فى حال الموقوف عليهم تبديل ثمن النصف الخراب بشيء يكون له نفع فى كل شهر مثلا عشره دنانير أو صرفه فى النصف الباقى لتكون اجارته بخمسين دينارا و الحال أن الاجرة كانت قبل التعمير أربعين أو أقل غاية الامر مع رضاية الموقوف عليهم لما عرفت من كون الثمن ملكا لهم فلا يجوز التصرف فى مال غيره الا برضايته وماقلنا بكونه دائميا بالقرائن فهو محقق هنا أيضا لا نالو اشترينا بالثمن شيئا يكون عينا موجودا و اذا صرفناه فى التعمير فيكون ايضا عينا موجودا غاية الأمر يكون فى الاول بعنوان الاستقلال وفى الثانى بعنوان الجزئية فهو لا يفرق فى المطلب فانه على كلا الفرضين ايضا يجوز تبديله بشيء آخر ليكون قابلا للبقاء .

نعم ، لا يجوز صرف الثمن فى التعميرات التى ليست لها عينية كالتزئينات ونحوها بحيث لا يمكن تبديلها مع الاندراس ، واما مثل الاجر و الاخشاب والحديد فلا مانع منه ، فانه يمكن تبديلها بعد الاندراس ايضا .

و من هنا يعلم انه يجوز صرفه فی الوقف الاخر هكذا الذی كان وقفا لهؤلاء الموقوف عليهم لعدم الفرق فی ذلك لحصول غرض الواقف بحسب انشائه وغرض الموقوف عليهم كما اذا وقف الواقف دارا ودكانا فخرب نصف الدار فبيع فيجوز صرف ثمنه فی النصف الباقی للدار وفی الدكان بحيث فی أی منهما صرف يزداد نفعا ٠

قوله :ولو خرب بعض الوقف وخرج عن الانتفاع وبقی بعضه محتاجا الی عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقة ٠

أقول : ذكر المصنف هنا فرعا ورتب عليه فرعا آخر ، فحاصل ماذكره أنه لو خرب نصف الدار الموقوفة وبقی الاخر بحيث يمكن الانتفاع به فعلا ولكن لا يمكن الانتفاع به بعد عشرين سنة ولكن ينقرض البطن الاول الی تلك المدة وينتقل الوقف الی البطن الثانی فهل يجب صرف ثمن نصف الخراب فی النصف الباقی وتعميره حتی يستمر الی ان يمكن للبطن الثانی الانتفاع به أم لا ؟ الظاهر انه لا يجب الا اذا شرط الواقف تعمير الموقوفة من منافع الوقف فيكون الزائد للموقوف عليهم ، بل لا يجوز بدون رضاية الموقوف عليهم لما عرفت من كونه ملكا لهم فلهم تبديله بشیء آخر لينتفعوا به فعلا ، و أما حفظ الوقف للبطون اللاحقة لينتفعوا به هؤلاء ايضا فليس بواجب فان نسبة البطن الاول الی البطن الثانی كنسبة الجوار والاجانب الی البطن الثانی فهل يتوهم أحد أنه يجب تعمير الاوقاف التی كانت فی معرض التلف فليس كك فالموقوفة فعلا ملك للبطن الاول فلهم الانتفاع به وليس للبطن الثانی حق فيها الا الحق التقديری بحسب انشاء الواقف كماعرفت ، فبأی دليل يجب أن يصرف البطن الاول أموالهم فی حفظ أموال المعدومين مع أن حقيقة الوقف التی تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة موجودة فعلا ، نعم لو كان

الوقف غير منتفع به بالفعل فيجب التعمير والصرف لتحقق غرض الواقف و لكن ليس الامر كك، نعم يجب صرفه في التعميرات الجزئية التي يترتب على عدمها خراب الوقف كما اذا سقط ميزاب الدار أو حصل ثقب في سقفه فانه لو لم يعتمر ذلك لا نجز بنزول المطر الى خراب الوقف وانهدامه و عدم امكان انتفاع البطن الموجود ايضا فمثل هذه الامور التي لا يحتاج الى مؤنه زائدة بل الى عشرة فلس مثلا يجب، بل يمكن ان يقال أنه على هذا شرط الواقف في ضمن العقد فانه لو لم يجب تعمير مثل هذه الامور من منافع الوقف الانهدم في مدة قليلة وخرب وهذه خلاف كونه ابديا .

وبعبارة أخرى تارة يكون الخراب مستندا الى الامور الجزئية كما تقدم فلاشبهة في وجوب التعمير وصرف مقدار من المنافع فيموأخرى يكون مستندا الى الكون والفساد اذ من البدهي أن الموجودات الخارجية لاتبقى بحسب طبعها أزيد من المقدار المتعارف فانها بالاخرة تكون فانيه حسب طول المدة ومرور الزمان فهذا لا دليل على وجوب التعمير حتى يستمرمدة البقاء حتى يصل الى البطون اللاحقة .

ثم رتب المصنف على هذا الفرع أنه لو احتاج اصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة الى صرف منفعة الحاضرة التي يستحقها البطن الموجود فهل يجب صرفها فيه أم لا ؟ فظهر حكمه من الفرع المتقدم وعلم أنه لا يجب حفظ المال المعدومين للموجودين بصرف مالهم في حفظه والاّ لوجب لجميع الناس حفظ الاوقاف للبطون اللاحقة بل حفظ المال للوارث اذ لاخصوصية للوقف بعد كون منفعته للحاضرين ملكا طلقا الآن يشترط الواقف اخراج مؤنة الوقف عن منفعته قبل قسمة الموقوف عليهم .

ثم ذكر المصنف أن هنا فروعا يستخرجها الماهر·

فنذكر فرعين مهمين منها :ـ

الاول: أنه لوكان الوقف فيموضع لا يتمكن الانتفاع للموقوف عليهم وان امكن لغيره كما اذا كان معرض الاستملاك للحكومة فدار الامر بين ذهابه بان يستملكه الغاصب جورا استملاكا مجانيا أو يباع بثمن فيشترى شيء آخر بدله لينتفع به الموقوف عليهم فلاشبهة في جواز بيع الوقف، بل وجوبه و اشتراء شيء آخر بدله اذ عرفت سابقا أنه لاخصوصية للخراب، بل يسوّغ بيعه اذا عرضه مايسقطه عن الانتفاع به وايضا عرفت أن مقتضى الانشاء للواقف هو أبدية الوقف فلو لم يبع لايكون دائميا وهذا اذاوقعت الدار الموقوفة فى شارع الحكومية فذهب نصفها فى الشارع أو لم يذهب اصلا و لكن كان بناء الحكومة أخذها فى أطراف الشارع كلها اما بالثمن لو رضى المالك أو مجانا جبرا له ان لم يرض فانه ح لو لم يبيع الوقف سيملكها لحكومة مجانا فيجب بيعه لئلا يذهب الوقف·

وبالجملة فيجوز بيع الوقف فى كل مورد بقيت العين الموقوفة علىحالها ولكن لا يمكن للموقوف عليهم الانتفاع بها وان انتفع غيرهمفانه ح يجوزبيعها·

الثانى : انه لو علم بزوال الوقف بعد مدة لا يمكن الانتفاع به للموقوف عليهم حتى البطن الاول كما اذا اوسع شارع فوقعت الدار الموقوففى وسط الشارع بحيث لا تبقى منها شيء وليس لها تابوء وقبالة رسمية حتى يؤخذ ثمنه ولكن لا يلتفت الى ذلك أحد فوجد مشتر لها فهل يجوز بيعه أم لا الظاهر انه يجوز، بل يجب لماعرفت من عدم الخصوصية للخراب، بل المناط سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بها مع ماعرفت أن القرينة تقتضى دوام الوقف فلو لم يبع لا يكون للوقف دوام فيجب البيع وتبديله بشيء آخر ليدوم

الوقف وتحفظ حقيقة الوقف عليها انشائها الواقف بحسب انشائه وهنا فروع آخر فيتضح حالها بالتأمل ·

قوله : الصورة الثانية ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به ·

أقول : قدعرفت ان المصنف ذكر هنا صورا، الاول ماتقدم الكلام فيه وهو ماكان الوقف خرابا بحيث خرج عن الانتفاع به حتى بالدقة العقلية كالشاة المذبوح والحصير البالي والجدوع العتقة فانها لا ينتفع بها ببقائها بوجه بل نفعها باعدامها والاّ فاللحم الباقي ينتن فلايكون قابلا للانتفاع به و هكذا الأمور الاخر وقدعرفت جواز البيع في هذه الصورة و عدم شمول الادلة المانعة عن بيع الوقف على ذلك ، بل يباع ويبدل بشيء آخر ليكون قابلا للانتفاع الى الأبد فان حقيقة الوقف بذلك ويكون العين حبسا والثمرة تسبيلا كما هو واضح ·

ثم ذكر الصورة الثانية وهي ان يخرب الوقف بحيث يسقط عن الانتفاع معتد به بحيث يصدق عرفا أنه لا منفعة فيه ، وان كان له نفع بحسب الدقه العقلية ثم فصل في هذا القسم بين ما يكون الوقف بحيث لا يقال بهذا النفع لقلته فيكون هذا مما يجوز بيعه لانصراف الادلة المانعة عن بيع الوقف عن ذلك وبين لا يكون كك ، بل يقال في العرف ان لهذا العين منفعة و لكن قليلة بالنسبة الى العين قبل تلك الحالة فهذا لا يجوز بيعه لعدم الوجه عن صرف الادلة عن ذلك ·

ثم ذكر صورة ثالثة وهي ان يخرب الوقف بحيث يقل نفعه لا أنه ينتفي نفعه بالكلية كما في الصورة الاولى ، ولا أنه قلت بمرتبة ليلحق بالمعدوم كما في الصورة الثانية ، بل تقل منفعته بالنسبة الى المنفعة قبل عروض تلك الحالة

أقول : لم يتحصل لنا شيء مما ذكره المصنف في الصوره الثانية ، وذلك

لانه ان كان مراده من الصورة ماكان الوقف ساقطا عن المنفعة العرفية لاجل الخراب بحيث لم تبق للعين فى نظر العرف منفعة أصلا ، بل صارت عديم النفع وان كان لها نفع بحسب الدقة العقلية كما اذا وقف الواقف سريرا وسقط عن السريرية بحيث لا ينتفع به عرفا بعنوان السريرية ولكن يمكن الانتفاع به بوضعه على وراء الباب ليمنع عن السارق أو يذاب حديدة و ينتفع فى مورد آخر أويجعل شباكا على السطوح ونحوها ولكن لا يعد شيء منها من منافع السرير وكك لو وقف حمارا لينتفع به في الحمل والركوب ولكن سقط عن الانتفاع به لاجل السيارات ومع ذلك يمكن الانتفاع به بان يسدّ فى مجراء الباب ليمنع عن السارق فلايقال أن هذا منفعة الحمار وغرض الواقف من حبس العين وتسبيل الثمرة شامل لذلك وحينئذ فيكون الفرق بين هذه الصورة والصورة الاولى هو أن فى الصورة الاولى فقد سقطت العين عن الانتفاع بها بالكلية بخلاف هذه الصورة فان للعين منفعة بحسب الدقة العقلية فان كان مراده من الصورة الثانية هو ذلك فلاوجه للاستدراك ثانيا فى هذه الصورة بقوله ، نعم لو كان قليلا فى الغاية بحيث يلحق بالمعدوم وامكن الحكم بالجواز لانصراف قوله (ع) : لا يجوز شراء الوقف الى غير هذه الحالة .

فانه لا وجه للاستدراك بعد ماكان الغرض من الصوره الثانية هذلك وان كان مراده من هذه الصورة سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بها لا مطلقا بحيث تعد فى نظر العرف مسلوبة المنافع ، بل تقل منفعته كما اذا كانت دار موقوفة وكانت تستأجر فى كل سنة بمائة دينار الاّ أنه عرض لها الخراب فتستأجر بخمسين دينارا ومع ذلك فلا ينكر أحد أن الدار مما لا منفعة فيها ، نعم قد قلت منفعته .وحينئذ فالفرق بين هذه الصورة والصورة

الاولى من الوضوح بمكان وان كان مراده ذلك من الصورة الثانية فلا وجه لذكر الصورة الثالثة فانها عين ذلك .

وبعبارة أخرى لا وجه لجعل الصورة الثانية صورتين لأنها اماعين الصوره الثالثة أو غيرها فيكون قسما في مقابلها ، بل يراد من الصورة الثانية هو الشق الاول اعني ما ذكره المصنف بعنوان الاستدراك فيكون مقابلا للصوره الاولى والثالثة ولا شبهة في جواز بيعه ايضا فلا يعد هذه المنفعةالاحقة بالمعدوم من المنافع للوقف في نظر العرف ولا تشمله الادلة المانعة عن بيع الوقف خصوصا قوله(ع) ولا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغله في ملكك فتكون عمومات صحة البيع محكمة وقد عرفت في الصورة الاولى أيضاأن أدلة المنع منصرفة عن عين الموقوفة اذا صارت عديم النفع، بل لا يشمل ذلك مفهوم الوقف ايضا فانه انما يشمل ماتكون العين ذا منفعة ليصدق عليها حبس العين و تسبيل المنفعة كما هو واضح .

ثم ان المصنف قد ذكر هنا امرين احدهما ماتقدمت الاشارة اليها سابقا من قول صاحب الجواهر ببطلان الوقف مع جواز بيعه ، وقال انه قد عرفت انه لا وجه لبطلان الوقف ، ثم ذكر صاحب الجواهر أن وجه بطلان الوقف في الصورة الاولى بفوات شرط الوقف المراعى في الابتداء والاستدامه وهو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها ثم اشكل على هذا ايضا من انه عرفت سابقا أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لا وجه له في الوقف المؤبد مع انه لا دليل عليه مضافا الى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة فان الشرط في العقود الناقلة يكفي وجودها حين النقل ، فانه قد يخرج المبيع عن المالية ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري مع أن جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان ، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم الى الجواز .

أقول : كان المناسب أن ينقل المصنف هذا الكلام لصاحب الجواهر في الصورة الاولى كما نقله كله في أصل بطلان الوقف بجواز البيع فيها و كذلك كان المناسب ان ينقل كلامه الاتى أعنى الامر الثانى في الصورة الاولى وكيف كان فكلام صاحب الجواهر متين ولا وجه لما أورده المصنف عليه ، أما قوله ببطلان الوقف بجواز البيع فلما تقدم من انه هو الحق غاية الامر أن المراد بالبطلان هو البطلان من جهة البيع فقط ، وأما الجهات الاخر من الهبة واعدام الوقف والتصرف فيه بما ينافي الوقف فلاوجه للبطلان .

نعم ، لوكان مراد صاحب الجواهر هو البطلان من جميع الجهات ، بحيث يعود الوقف الى ملك الواقف وينقل الى الورثه لو مات الواقف فلا وجه له اذ لا مقتضى ولا دليل على ذلك فان الواقف بعد ماجعل ماله وقفا وحبسا أبديا كما استفدنا ذلك من القرائن الموجودة في عبارة الواقف فبأى دليل يعود الوقف الى ملك الواقف أو وارثه .

ولكن تقدم أن هذا ليس مما يحتاج الى النظر فضلا عن امعان النظر وانما المحتاج الى ذلك هو ماذكرناه أى البطلان من جهة البيع فقط ، بل هذا مقوم لدوام الوقف وبقائه الى الأبد والآ فيكون الوقف منعدما فى مده قليلة بحسب مقتضي الكون والفساد كما هو كك فى جميع الأوقاف ، وان كانت العرصة باقية فى وقف الدار ونحوها كثيرا .

واما ماذكره (ره) من انكار كون الوقف مشروطا ببقائه على كونه قابلا للانتفاع به ايضا ليس بصحيح فان عمدة ماذكره من الاجوبه هو مامنعه من كون الشرط شرطا فى الاستدامة قياسا له بالبيع اذا خرج المبيع عن المالية وأنه لا وجه لبطلان الوقف وانقلابه الى الفاسد بعد انعقاده صحيحا .

والوجه فى ذلك هو أنك عرفت أن حقيقة الوقف عبارة عن حبس الأصل

وتسبيل الثمرة وعليه فاللازم انتهاء أمد الحبس بانتهاء الثمرة اذا الحبس لاجل التوصل الى غاية لا يعقل بقائه بعد عدم امكان التوصل الى الغاية و الاّ لم يكن الباقى حبسا لتسبيل الثمرة فوقفية الوقف يقتضى كونه مما ينتفع به دائما فما دام شخصه موجودا ينتفع بشخصه فيكون شخصه ملكا للموقوف عليهم فاذا سقط شخصه عن النفع فيباع ويشترى شيء آخر فيكون ملكا للطبقة الاولى من الموقوف عليهم ، ثم للطبقة الثانية منهم ، فهذا لا يمكن الا بالبيع بعد سقوطه عن الانتفاع به ولا يعقل كونه وقفا من دون أن يكون فيه نفع كما لا يعقل كونه وقفا ما لا نفع فيه حدوثا ، بل لو كان الوقف تمليكا كما هو كذلك ، لكان تمليكا للعين توصلا الى ملك المنفعة ولا يعقل بقاء هذا المعنى مع عدم المنفعة رأسا ومثله لا يحتاج الى دليل تعبدى ليقال بأنه لا دليل عليه وليس من قبيل انقلاب شيء عما هو عليه ، بل من انتهاء أمد الصحيح ولا أنه من الوقف المنقطع ليقال بأنه خلف ، بل يلزم عليه أن يكون جميع الاوقاف منقطعا لانقطاع امدها بسقوطها عن الانتفاع بها بحسب اقتضاء الكون والفساد .

وبالجملة ان الكلام فى الوقف المؤبد ولا شبهة أن بطلان الوقف فى مرتبة ومن جهة لا يمنع عن بقاء الوقف فى العين بما هو مال ولزوم حفظ ماليتها ضمن البدل يستمر الوقف باستمراره ، بل لو زال الوقف بالكلية بحسب الكون والفساد وأيضا لا يكون من الوقف المنقطع اذ لا توقيت فى ذلك بوجه و الاّ فيكون حبسا وخارجا عن حقيقة الوقف .

وأما قياس المقام بالبيع من جهة أن الانتفاع بالمبيع وكونه مالا لا نعتبر فى صحة البيع الاّ حدوثا وكك فى المقام فمن عجائب المصنف اذ عرفت مما ذكرناه أن حقيقة الوقف عبارة عن حبس الأصل وتسبيل الثمرة فبانتفاء

الانتفاع تنتفى الوقفية فكما لا معنى لوقف عديم الانتفاع حدوثا ويعتبر كون الوقف ذا نفع ابتداء وكذلك يعتبر كونه ذا نفع بقاء ٠

وبالجملة الوقفية تدور مدار كون العين الموقوفة ذا نفع حدوثا و بقاء و بانتفاء نفعها تنتفى الوقفية ولا يبقى لها موضوع فانه لا يعقل بقاء الشىء بعد انتفاء حقيقته ٠

وهذا بخلاف البيع فانه لو اعتبر المالية فى صحته انما تعتبر حدوثا و أما بقاء فلا يعتبر كونه مالا ، بل مادام مالا فيكون من أمواله فاذا زالت المالية عنه بانتفاء منافعه فيكون من أملاكه ، ومع زوال ملكيته ايضا فيكون متعلق حقه فليس كون المبيع للبايع بقاء متقوما بالمالية فلا يقاس بالوقف الذى قوامه بامكان الانتفاع من العين الموقوفة كما هو واضح ٠

ومن هنا ظهر بطلان ماأفاده من الوجوه الأخر ايضا وأنه لا مانع من الالتزام بجواز البيع ولا تشمله أدلة المنع خصوصا قوله (ع) :ولا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك ٠

الأمر الثانى :أنه نقل المصنف عن صاحب الجواهر أنه قد يقال بالبطلان ايضا بانعدام عنوان الوقف فيما اذا وقف بستانا مثلا فلاحظ فى عنوان وقفه البستانيه فخربت حتى خرجت عن قابلية ذلك ، فانه وان لم تبطل منفعتها أصلا لامكان الانتفاع بها دارا مثلا ، لكن ليس من عنوان الوقف واحتمال بقاء العرصة على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف وهى باقية وخراب غيرها وان اقتضى بطلانه لا يقتضى بطلانه ايضا يدفعه أن العرصة كانت جزء من الموقوف من حيث كونه بستانا لا مطلقا فهى حينئذ جزء عنوان الوقف الذى فرض خرابه ولو فرض ارادة وقفها ليكون بستانا أو غيره لم يكن اشكال فى بقائها لعدم ذهاب عنوان الوقف ، وربما يؤيد ذلك فى الجملة ماذكروه فى باب الوصية من

أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصية لانتفاء موضوعها نعم لو لم يكن الدارية والبستانية ونحو ذلك مثلا عنوانا للوقف وان قارنت وقفه ، بل كان المراد به الانتفاع به في كل وقت على حسبما يقابله لم يبطل الوقف بتغيير احواله .

ثم ذكر في عود الوقف بعد البطلان الى ملك الواقف أو وارثه على تقدير موته أو الموقوف عليه وجهين .

واشكل عليه المصنف أولا بالاجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف ، بل ولا جواز البيع ، وان اختلفوا فيه عند الخراب أوخوفه لكنه غير تغيير العنوان .

وثانيا : أنه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان لأنه ان أريد بالعنوان ماجعل مفعولا في قوله وقفت هذا البستان ، فلا شك أنه ليس الا كقوله بعت هذا البستان أو وهبته ، فان التمليك المعلق بعنوان لا يقتضي دوران ملك مدار العنوان فالبستان اذا صار ملكا فقد ملك منه كلّ جزء خارجي وان لم يكن في ضمن عنوان البستان وليس التمليك من قبيل الاحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات ، وان أريد بالعنوان شيء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم ولا بدّ من بيان المراد منه هل يراد مااشترط لفظا أو قصدا في الموضوع زيادة على عنوانه .

وأما تائيد ماذكر بالوصية فالمناسب أن يقاس ما نحن فيه بالوصيه بالبستان بعد تمامها وخروج البستان عن ملك الموصى بموته وقبول الموصى له فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصه ، و انما البستان ملكه الموصى له بجميع خصوصياته من العرصة والاشجار و غيرهما من الاجزاء وكذلك الوقف لا يبطل بصيرورته عرصة وزوال عنوانه ، نعم الوصيه قبل

تمامها يقع الكلام فى بقائها وبطلانها من جهات أخر غير مربوط بما نحن فيه ·

ثم ما ذكره من الوجهين مما لا يعرف له وجه بعد اطباق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده اليه أبدا ، هذا ما ذكره المصنف فى جواب صاحب الجواهر وهو متين ·

ولشيخنا الاستاذ تفصيل فى المقام وقال ثم ان ما ذكرناه من عدم جواز بيع العين الموقوفة اذا لم يلحق قلة الانتفاع بها بالعدم ، انما هو اذا بقيت الصورة النوعية للعين الموقوفة وأما اذا تبدلت بصورة أخرى فيجوز بيعها وان لم تلحق بالعدم ولا يبعد أن يكون كلام الشيخ ناظرا الى هذا المعنى فان النخلة الموقوفة اذا قلعت تعد عرفا مبائنة للنخلة لانها عبارة عن الشجرة لا المادة المشتركة بينها وبين الجذع والخشب و بطلان الصوره النوعيه عبارة أخرى عن خراب الوقف وسيجيء انشاء الله تعالى فى باب الخيار ، أن مناط مالية الاموال ، انما هو بالصورة النوعية لا المادة المشتركه ثم المدار فى الصورة النوعية العرفية العقلية فاذا تبدلت الصورة النوعيه التى تعلق الوقف بها يبطل الوقف ويبقى ذات الجسم فيباع ، و لا يقاس انهدام الدار على زوال صورة الشجرة فان الدار مركبة من البناء و الارض وانهدام البناء لا يوجب بطلان الوقف رأسا لبقاء العرصة ·

و بالجملة حيث ان قوام الوقف بأمرين بقاء العين الموقوفه وكونها ذات منفعة لأنه عبارة عن حبس العين وتسبيل الثمرة فكما يجوز بيعها اذا لم تكن لها منفعة أصلا فكك يجوز بيعها اذا لم تبق صورتها العينيه التى هى أحد ركنى الوقف ·

أقول : ما ذكره المصنف وارد على شيخنا الاستاد أيضا ، وتوضيح ذلك

أن العناوين والصور النوعية عرفية كانت أو عقلية وان كانت موجبة لشيئية الاشياء في نظر العرف والعقل، الاّ أنها لا تقابل بالمال بوجه وانما هي دخيلة في زيادة المالية للمادة ولذا لا يجوز بيع الصور بدون المادة لعدم الانفكاك وقد مرّ في بعض المباحث في المكاسب المحرمة وسيأتي في باب الخيارات انشاء الله، أن الاوصاف التي لها دخل في زيادة المالية وتعد في نظر العرف من الصورة النوعية اذا وقعت عليها المعاملة وظهر تخلافها فتكون المعاملة فسادة فان وقع عليها المعاملة يعد في نظر العرف مغائرا لما ظهر وان كانا من جنس واحد كما اذا وقعت المعاوضه على الفراس المنسوج بنسج وظهر المبيع الفراش المنسوج بنسج آخر يغائر في نظر العرف أو باع عبدا فظهر أمة أو باع كأسا وظهر قدرا أو باع سكينا وظهر مسمارا أو باع ساعة وظهر قطعة حديد، أو باع صندوقا وظهر طبلا فان في جميع ذلك يبطل البيع لان ماوقع على البيع غير مقصود وما هو مقصود لم يقع عليها لبيع وأن كانا في الحقيقة من جنس واحد الاّ أن العرف يراهما شيئين متبائيين فان الرجولة والانوثة وان كانتا من جنس واحد الاّ أن العرف يراهما متبائينن كما هو واضح .

و ليست المعاملة فيها واقعة على نفس تلك الأوصاف اذ لا يعقل الانفكاك بين المادة والصورة، بل المعاملة واقعة على المادة والصور موجبه لماليتها بحيث لو ذهبت هذه الصورة عن تلك المادة أي الجسم لا المادة الهيولانى المحفوظة فى جميع الأشياء وتبدلت بصورة أخرى مغائره للاولى لم تبطل البيع فان نفس المادة قد وقعت متعلقة للبيع وتعنون الأشياء بتلك الصورة لا توجب وقوع المعاملة على نفس العناوين فانها أعراض لا تقبل الانفكاك

ولا يكون كونها عناوين للاشياء موجبا لكونها محطا لجميع الاحكام تكليفية أو وضيعية بحيث تكون مملوكة وقابلة للتمليك كما هو واضح ، وبالجمله الصور النوعية العرفية واسطة لوقوع المعاملة على المواد لكونها سببا لماليتها لا أن نفسها من الاموال ٠

اذا عرفت ذلك فالحكم فی الوقف ايضا كذلك فانه اذا وقف عبدا أو كأسا أو دارا أو دكانا فالظاهر من ذلك أن نفس تلك الاشياء بموادها موقوفة وان كانت ماليتها بصورها النوعية العرفية ولا تدور الوقفية مدار نفس الصور والعناوين لعدم انفكاكها عن المواد ولا يمكن وقوع المعاملة عليها بنفسها من الهبة والصلح والبيع كما هو واضح ، وعليه فاذا زالت الصورة النوعية لم تزل الوقفية بل تكون المادة التی معنونة بعنوان ايضا وقفا وان لم ينتفع عنها نفعا كالانتفاع منها مع الصورة الزائلة ٠

نعم ، تزول الوقفية بزوال الصورة والمادة كليتهما اذ ليس المراد من المادة هی الهيولی لتكون محفوظة فی ضمن شیء من الاشياء وان كان فی ضمن التراب ، بل المراد منها هنا هی المادة العرفية أعنی الجسم الذی كان معنونا بعنوان ولا شبهة أنه ينتفی كانتفاء صورته ٠

وعلی هذا فاذا وقف شيئا وكان مفعول قوله عنوان ذلك الشیء بان قال وقفت البستان الفلانی أو الدار الفلانية أو النخلة الفلانية فلا شبهة أن الوقف هی ذات هذه العناوين المعنونة بها وانما تلك العناوين معرّفات اليها ومقومات لماليتها وليس لنفس تلك العناوين بحسب نفسها ماليه تكون وقفا منفكة عن المادة بحيث تدور الوقفيّة مدار نفس العنوان فاذا زالت زاله الوقف واذا ذهب عنوان البستان وعنوان الدار وعنوان النخلة كانت عرصه البستان وعرصة الدار والنخلة المقلوعة غير وقف ، بل باقيا فی ملك الواقف ،

بل العنوان فى المركبات الاعتبارية لا ينتزع الا من أمور متعددة فينحل الى أمور عديدة كعنوان الدار فان الدار ليست الآمركبة من العرصة والقبب و الجدران و هكذا البستان فمعنى وقف الدار ليس الآ وقف الارض و تلك القبب و معنى وقف البستان ليس الآ وقف الاشجار والعرصة فلا يعقل لوقف العنوان فقط معنى محصّل ٠

و بالجملة لا نعقل معنى محصّلا لوقف العنوان المجرد بل وقف العنوان عين وقف ذى العنوان فكما أن فى المركبات الحقيقية لا تنفك الصورة النوعية عن المادة لكونها متحدة فى الخارج حقيقة وكك فى المركبات الاعتبارية كالدار والبستان فان العنوان فى ذلك كله أيضا ليس موضوعا للحكم بمعنى كونه وقفا خاليا عن المواد ٠

وبعبارة أخرى اذا وقف الواقف نخلة لأشخاص فنسئل أنه هل بقى فى ملك الواقف منها شىء أم لا فان بقى ذات النخلة فى ملك الواقف لتكون له بعد قلعها فلامعنى لكون النخلة للموقوف عليهم كما هو المفروض وان لم يبقى فى ملك الواقف شىء فبعد زوال عنوان النخلية و صيرورتها خشبة فلماذا صار ملكا للواقف ٠

الكلام فى الصورة الثالثة

قوله الصورة الثالثة أن تخرب بحيث يقل منفعته لكن لا الى حد يلحق بالمعدوم ٠

أقول : لوخرجت العين الموقوفة عن الانتفاع بها على الوجه الاول بان قلت منفعتها كما اذا كانت الدار تستأجر بمائة وانما تستأجر فعلا بخمسين اما لخراب فيها أو لنقص نفعها فهل يجوز بيعها فذهب جمع الى المنع

كالمصنف وغيره وفى محكي الخلاف الجواز البيع محتجا بأنه لا يمكن الانتفاع بها الاّ على هذا الوجه كما فى مسألة النخلة المنقلعة ·

والظاهر أنه لا يجوز من جهة أنه يجوز الانتفاع من النخلة المقلوعة فى التسقيف ونحوه ولا نتصور وجها لجواز بيع الوقف هنا بوجه بعد ما كانت حقيقة الوقفية محفوظة أعنى حبس العين وتسبيل الثمرة فان النفع موجود فى ذلك وتشملها الادلة المانعة عن بيع الوقف فانه لا مانع من شمول قوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف وقوله(ع) (١)الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها على ذلك ·

وبالجملة أن مقتضى حقيقة الوقف ومفهومه ابقائه على حاله اذا امكن الانتفاع به وزوال بعض المانع لا يستلزم جميعها فان مثل النخلة المقلوعة يجوز الانتفاع بها بالتسقيف ونحوه ، وعليه فتشمله الأدلة المانعة عن بيع الوقف ·

الكلام فى الصورة الرابعة

قوله : الصورة الرابعة أن يكون بيع الوقف انفع وأعود للموقوف عليه ·

أقول : والمشهور ، بل المجمع عليه فى هذه الصورة عدم جواز البيع بل لم ينسب الخلاف الاّ الى المفيد والعلامة لم يرض بهذه النسبة أيضا فأول كلامه ومعنى كون البيع انفع كون ثمن الوقف أزيد نفعا من المنفعة الحاصلة تدريجا وكيف كان فلا اشكال فى المنع لوجود مقتضى للمنع وهو وجوب العمل على طبق انشاء الواقف لقوله(ع) لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك ·

وقوله(ع) الوقف على حسب مايقفها أهلها نعم وقد استدل على الجواز بروايتين :ـ

الاول : رواية(۱) جعفر بن حيان وفى المتن حنان قال سألت أبا عبد اللّه(ع) عن رجل وقف غلة له على قرابته من ابيه وقرابته من أمه ، و أوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلة ليس بينه و بينه قرابة ثلثمائة درهم فى كل سنة ويقسم الباقى على قرابته من ابيه وقرابته من أمه ،فقال جائز للذى أوصى له بذلك ،قلت أرأيت ان لم تخرج من غلة تلك الارض التى أوقفها الآ خمسمائة درهم ،فقال أليس فى وصيته أن يعطى الذى أوصى له من الغلة ثلثمائة درهم ويقسم الباقى على قرابته من أبيه و قرابته من أمه ،قلت نعم ،قال ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئا حتى يوفى الموصى له ثلثمائة درهم ثم لهم مايبقى بعد ذلك ،قلت أرأيت ان مات الذى اوصى له قال ان مات كانت ثلثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم فأما اذا انقطع ورثة لم يبقى منهم أحد كانت ثلثمائة درهم لقرابة الميت يرد مايخرج من الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك مابقوا وبقيت الغلة ،قلت فللورثة قرابة الميت أن يبيعوا الارض اذا احتاجوا لم يكفهم مايخرج من الغلة ،قال نعم اذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم باعوا ،فان ظاهر الذيل هو جواز بيع الوقف اذا كان البيع انفع فتكون شاهدة لجواز البيع فى الصورة الرابعة .

وفيه أنه لا يجوز الاستدلال بهذه الرواية على جواز البيع من وجوه :

الاول: أن الرواية ضعيفة السند اذ لم يثبت فى الرجال مدح لجعفر بن حيان ولا وثاقته ،فغايتة الأمر اما مى وأما ما فى المتن من ذكر الحنان بدل الحيان فلم يذكر فى الرجال أصلا فالرواية لا يمكن الاستدلال بها على الجواز .

(۱) وسائل : ج ۱۳ ص ۳۰۶

الثانى : أنها مضطربة متنا لا شتمالها على الجمع بين الوقف و الوصيه و من الواضح أنه مع الوقف لا تجوز الوصية على الوقف لكونهملكا للموقوف عليهم فليس له التصرف فيه وتمليكه أو تملكه لكون ذ لك كلّه على خلاف مقتضى إنشاء الوقف من حبس العين وتسبيل الثمرة الاّ أن تحمل الوصية على الا شتراط فى متن العقد بان وقف وأوصى فى متن الوقف أن تكون ثلثمائة د رهم من غلته لرجل ولعقبه ليس بينه وبينه قرابة ثلثمائة د رهم فيكون الايصاء على مقتضى الشرط فى الوقف الاّ أنه خلاف الظاهر من الروايه ، بل الظاهر منها اجتماع الوقف والوصية فيكون ذ لك موهنا لها ٠

الثالث: أنها تدل على أنه ليس لقرابة الواقف أن يأخذوا حقهم اذا خرجت من الأرض خمسمائة د رهم حتى يوفى الموصى له ثلثمائة د رهم ، ثم لهم ما يبقى بعد ذ لك مع أنه على خلاف القواعد أيضا ، فانه لماذا ليس لهم أخذ حقهم الاّ بعد اخراج حق الموصى له ، بل يجوز اخراج حقه وتقسيم الباقى لاقرباء الموصى ، أى الموقوف عليهم ، فان كون ثلثمائة د رهم من الغلة للرجل الاجنبى بعنوان الا شتراط وتمليك له من ملكه فلا يتوقف على اطلاع الموقوف عليهم وحضورهم لأنه ليس بعنوان المشاع حتى يتوقف على حضورهم ، نعم لو كان بعنوان الوصية لكان مشاعا ٠

الرابع: أنها لا تدل على المدعى فانها تدل على جواز بيع الوقف بشروط ثلاثة : الاول :عدم كفاية غلة الوقف على الموقوف عليهم أو احتياجهم الى البيع٠

والثانى :رضاية الموقوف عليهم على البيع٠

والثالث:كون البيع انفع وأعود لهم وبانتفاء أحد هذه الوجوه الثلاثه ينتفى جواز البيع وهذا بخلاف مفروض المقام فانه عبارة عن البيع فى فرض

الاحتياج اليه اذن فالرواية أجنبية عن المقام كما لا يخفى ، كما اشار اليه المصنف على أن ذلك مما لم يقل به أحد من الاصحاب فيكون هذا أيضا و هنا لرواية .

الثاني : خبر(١) الاحتجاج ان الحميرى كتب الى صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه جعلنى الله فداك انه روى عن الصادق(ع) خبر مأثور ان الوقف اذا كان على قوم باعيانهم واعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعوه فهل يجوز أن يشترى من بعضهم ان لم يجتمعوا كلهم على البيع ام لا يجوز الا ان يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الذى لا يجوز بيعه فقال(ع) اذا كان الوقف على امام المسلمين فلا يجوز بيعه واذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرقين انشاء الله .

فهذه الرواية تدل على جواز بيع الوقف اما فى خصوص ما ذكره الراوى وهو كون البيع أصلح واما مطلقا بناء على عموم الجواب ولكنه مقيد بالأصلح لمفهوم رواية جعفر ، فان مفهوم قوله(ع) فيها اذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا أن البيع اذا لم يكن خيرا لهم لا يجوز .

أقول : أما رواية جعفر فقد تقدم الكلام فيها ، واما رواية الاحتجاج فقوله اذا كان على امام المسلمين فلا يجوز بيعه ، فالظاهر ان المراد منه عدم جواز البيع لغير الامام ، والا فاذا كان ملكا له فلماذا لا يجوز بيعه كما جازت له بيع سائر أملاكه وكيف كان فلا دلالة فى الرواية على المدعى لوجوه :

الاول : أن روايات الاحتجاج ضعيفة السند اذ لم يذكر السند فيها فلا تكون قابلة للاستدلال بها على المقصود .

الثانى : أن الرواية تدل على جواز البيع مطلقا اذا كان أصلح لهم

(١) وسائل : ج ١٣ ص ٣٠٦

سواء كان للوقف خراب أم لم يكن و من المعلوم أن بيع الوقف أصلح للموقوف عليهم فى جميع الحالات فانه فى صورة عدم جواز البيع الوقف فيرجع النفع اليهم متدرجا مع توقفه على الزحمات الكثيرة وهذا بخلاف البيع فانه حينئذ تملكون الثمن دفعة واحدة فيفعلون به مايشائون واصلحية ذلك مما لا يخفى حتى فى غير حال الخراب مع أن هذا لم يقل به أحد وتوهم تقييدها بمفهوم خبر جعفر الحيان فاسد لعدم اعتباره كماعرفت.

الثالث: أن المستفاد من الرواية جواز البيع مطلقا سواء كان أصلح لهم أو لا يكون فان الاصلحية انما ذكرت فى كلام السائل فلايكون موجبا للتقييد والاّ فالجواب مطلق ،فتكون معارضة لما دل على عدم جواز بيع الوقف على ما تقدم من قوله(ع) لا يجوز شراء الوقف الوقوف على حسب مايوقفها أهلها. وغير ذلك ،فحيث أن تلك الروايات قيدت بما دل على جواز بيع الوقف فى صورة الخراب كماعرفت فى الصورة الاولى فبانقلاب النسبة تكون الروايات المانعة أخص من رواية الاحتجاج بالعموم المطلق فتقيد بها هذه الرواية فيحكم بعدم جواز البيع الاّ فى صورة الخراب بحيث سقط عن الانتفاع بها فلا دلالة فيها أيضا على المدعى .

على أن ما دل على المنع مشهورة من حيث النقل و العمل فيجب الأخذ بها وترك العمل برواية الاحتجاج .

الرابع: ماذكره المصنف من أنه لو قلنا فى هذه الصورة بالجواز كان الثمن للبطن الأول البايع يتصرف فيه على ماشاء ومنه يظهر وجه آخر لمخالفة الروايتين للقواعد، فان مقتضى كون العين وقفا مؤبدا على ما تقدم كون بدله ايضا وقفا فيكون ملكا للبطون الموجودة مادام موجودا فيكون النفع لهم فلا يجوز لهم الهبة واعدام العين وبعد الموت يكون ملكا للبطون اللاحقة .

وبالجملة لا يجوز العمل بهاتين الروايتين بأن يفتى بهما على جواز بيع الوقف، بل لم يوجد قائل بالجواز الاّ مانسب الى المفيد وقد عرفت انكار العلامة النسبة ·

الكلام فى الصورة الخامسة

قوله : الصورة الخامسة أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديده ·

أقول : قدجوّز بعضهم البيع فى هذه الصورة ، بل عن الانتصار والغنيه الاجماع عليه الاّ أنه معارض بدعوى الاجماع على عدم الجواز على أن الاجماع المنقول ليس بحجة وربما استدل على ذلك برواية جعفر المتقدمة لقوله(ع) فيها اذا احتاجوا أو لم يكفهم مايخرج من الغلة لهم أن يبيعوا الأرض ·

وفيه ماذكره المصنف وحاصله أن ظاهر الرواية أنه يكفى فى البيع عدم كفاية غلة الأرض لمؤنة سنة الموقوف عليهم وهذا أقل مراتب الفقر الشرعى و الذى يظهر من عبائر القوم الذى يجوّزون بيع الوقف عند الضرورة والحاجة الشديدة لا ينطبق على هذه الرواية فان النسبة بين الحاجة الشديدة و بين مطلق الفقر عموم من وجه ، فان الانسان قد يكون فقيرا ولا تكون له حاجة شديدة لكونه واجدا لما يكفيه فى ادارة شؤونه من مال الفقراء كالزكاة و الصدقات ورد المظالم ، وقد لا يكون شخص فقيرا ، بل موسرا جدا و واجدا من الاموال بما لا يعلم حسابه الاّ اللّه ومع ذلك تتفق له الحاجة الشديدة فى بعض الأوقات كما اذا كان فى بلد لا يصل الى ماله ولو بالاستقراض و لكن عنده وقف يمكن بيعه ورفع الحاجة أو فى بلده ، ولكن ليس له نقد و لا يباع متاعه واحتاجت الى النقد احتايجا شديدا وكان عنده وقف يشترونه

بالنقد فيمكن ان يقضى حاجته ببيع الوقف وقد يجتمعان ثلا يمكن الاستدلال على جواز بيع الوقف للحاجة الشديدة برواية جعفر الحيان أنك عرفت آنها ضعيفة السند وغيرقابلة للاعتماد عليه فلا يكون مدركا للحكم ·

الكلام فى الصورة السادسة

قوله : الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة أو اذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو جميع البطون ·

أقول : فقد اختلفت كلمات الاصحاب فى أنه يجوز بيع الوقف مع شرط الواقف فى ضمن ألوقف ذلك أو لا يجوز فقول بالجواز مطلقا وقول بعدم الجواز كك وقول بالتفصيل بينما يشترط الواقف جواز بيع الوقف عند عروض المصلحه والمجوز من الخراب ونحوه من المسوغات فقيل بالجواز وبعينما يشترط جواز البيع فى غير هذه الصورة فقيل بعدم الجواز الاّ أنه ليس تفصيلا فى الحقيقه فضلا عن كونه موافقا للتحقيق كما اختاره الكركى فان هذا الشرط الذى فى فرض جواز بيع الوقف لا يترتب عليه أثر فانه بدون هذا الشرط أيضا يجوز بيع الوقف، نعم يكون هذا الشرط تأكيدا لجواز البيع كما هو واضح ، ثم على تقدير القول ببطلان الشرط ففى كونه مبطلا للعقد وعدمه وجهان ، اذن فالأقوال ثلاثة قول بالجواز مطلقا ، وقول بالبطلان مطلقا ومع القول بالبطلان قول يكون الشرط باطلا فقط وقول بكونه مبطلا للعقد ايضا ·

وكيف كان فيقع الكلام فى مقامين : (الاول) فى أنه يجوز اشتراط بيع الوقف ليكون بدله أيضا وقفا أولا والثانى فى جواز اشتراط بيعه ليكون ثمنه ملكا طلقا للموقوف عليهم وعدم جوازه وعلى كل تقدير فنتكلم فى جهتين :

الاولى : فى كون هذا الشرط مخالفا لمقتضى العقد وعدمه ٠

الثانى : فى كونه مخالفا لمقتضى السنة وعدمه اذا ليس فى الكتاب مايكون راجعا الى ذلك حتى نتكلم فى مخالفته للكتاب أيضا ٠

اما المخالفة لمقتضى العقد فالمدار فى ذلك على أن يكون المنشأ فى العقد مضادا للشرط ومناقضا له كما لو اشترط فى البيع أن يكون بلا ثمن أو اشترط فى الاجارة أن تكون بلاأجرة أو اشترط عدم تصرف المستأجر فى الدار المستأجرة أصلا ٠

واما اذا لم يكن الشرط منافيا لمقتضى العقد وانما يكون منافيا لمقتضى الاطلاق فلامانع عنه كما اذا اشترط فى البيع أن يكون ثمن مؤجلا أو أن يكون من نقد خاص و عليه فان كان التأبيل من مقتضيات الوقف ومن منشئاته فاشتراط البيع عند الحاجة مناف لمقتضى عقد الوقف بلاشبهة وأما لوكان من مقتضيات اطلاق الوقف فلامانع عن بيعه ،وأما بيعه ليكون بدله أيضا وقفا مثل اصله فربما قيل بعدم الجواز بدعوى أن مقتضى الوقف هو التأبيد و الواقف انما وقف الموقوفة ليكون الوقف ابديا كما هو مقتضى مفهوم الوقف ايضا فاشتراط بيعه يكون مناقضا لمفهومه فلايجوز ،و عليه فكما ان الشرط فاسد فكك أنه مفسد ايضا للمناقضة ٠

و فيه أن حقيقة الوقف كما تقدم حبس العين وتسبيل الثمرة وقد استفدنا دوامه من العبارة الموجودة فى صيغة الوقف من قول الواقف الى أن يرث الله الارض و من عليها وبهذه القرينة جعلنا متعلق الوقف هى المالية الموجودة فى هذه العين ،وفى بدلها على تقدير انعدام العين و عليه فكما أن بيعه عند عروض المجوّز له وتبديله بوقف آخر لا ينافى مقتضى الوقف فكك اشتراط تبديله بوقف آخر ايضا لا ينافى بمقتضى العقد فأنه على كل حال

فالوقفية محفوظة فى صورتى وجود العين وتبديلها بشيء آخر. نعم مادامت العين موجودة فالخصوصيات العينية أيضا مورد للتوجه ومحط نظر الواقف

وبالجملة لا نرى بأسا لاشتراط تبديل العين الموقوفة فى ضمن صيغه الوقف فأن المؤمنون على شروطهم وأوفوا بالعقود والوقوف على ما يقفها أهلها كلها يقتض ذلك ايضا فضلا عن كونه منافيا لمقتضى الوقف . نعم الاشتراط ينافى اطلاق الوقف الذى يقتضى كون العين الموقوفة باقيه على وقفيته .

وأما الجهة الثانية فربما يقال انه يبتنى صحة الوقف حينئذ على صحه الوقف المنقطع الاخر وكونه وقفا لا حبسا وحيث أن المختار صحته لاسيّما اذا كان مرددا بين الانقطاع وعدمه فيصح شرط جواز البيع لبعض البطون فان مرجع شرطه الى أن يجعله منقطعا وان يبقيه على حاله .

أقول : الظاهر أن صحة الاشتراط هنا لا يبتنى على صحة الوقف المنقطع الاخر وتوضيح ذلك أنه لا دليل على بطلان وقف المنقطع الاخر الّا الاجماع وحيث أنه دليل لبّى لا يشمل مانحن فيه وذلك فان اشتراط الانقطاع على اقسام :ـ

الاول :أن يوقف ويشترط فى ضمن الوقف بيعه بعد عشر سنوان وكون الثمن للموقوف عليهم وهذا من أفراد الوقف المنقطع فصحة ذلك يتوقف على صحة كلية وقف المنقطع لأنه من مصاديقه ايضا .

وأخرى يوقف عينا كالدار ونحوها على فلان ولعقبه الى خمسه مراتب فيكون الوقف منقطعا بانقراض الموقوف عليهم فهذا أيضا من اقسام الوقف المنقطع فيكون ذلك كالاول موردا للاجماع على بطلان الوقف المنقطع ففى هاتين الصورتين يكون الوقف من الاول بحسب الانشاء منقطعا فيكونان

مورد ين للاجماع متيقنا فيحكم بالبطلان على تقدير تحقق الاجماع وحجيته .

الثالث: أن يكون الوقف بحسب انشاء الواقف مؤبدا من غير أن يقيده بوقت أو بشخص بحيث يكون الوقف منقطعا بحسب انشاء الواقف و لكن يشترط في ضمن الوقف قطع ذلك الوقف المؤبد بأن يبيعه متى شاء أو يبيعه الموقوف عليهم متى شاؤا فهذا ليس وقفا منقطع الآخر بوجه ، و انما هو وقف مؤبد ولكن يقطعه بحسب الاشتراط فقطع الوقف غير الوقف المنقطع فمثل هذا لا نظن بطلانه والاجماع المدعى على بطلان الوقف المنقطع الاخر لا يجرى هنا لكونه دليلا لبيّا فلابد من ارادة المتيقن من ذلك وما هو المتيقن انما هو القسم الاول والقسم الثاني ، بل يدل على صحة ذلك أوفوا بالعقود ، و المؤمنون عند شروطهم ، فان عقد الوقف تحقق على هذا الشرط وكك يقتضي صحة هذا القسم من الوقف قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها ، فان أهل الوقف وقف هذا القسم من الوقف كك .

وأما توهم أن هذا منافي لمقتضى الوقف فيكون الشرط باطلا ، فيبطل الوقف توهم فاسد وان مفهوم الوقف ليس الاّ حبس العين وتسبيل الثمرة والواقف انما انشاء هذا المفهوم وهو أعم من الدوام والانقطاع ، نعم اطلاقه يقتضي الانقطاع فاشتراط القطع متى شاء الواقف أو الموقوف عليهم لا ينافي بمقتضى الوقف وان كان ينافي بمقتضى اطلاق الوقف .

وانما استفدنا الدوام من جهة القرائن الخارجية لا من جهة كونه من مقتضيات مفهوم الوقف كما هو واضح ، لا يخفى .

وبالجملة لم نر بأسا من اشتراط الواقف بيع الوقف عند وقفه سواء كان ثمنه بدلا عن العين الموقوفة في الوقفيه أم لا يكون بدلا بل ملكا طلقا للموقوف عليهم و على كل حال فليس ذلك الاشتراط منافيا لمقتضى الوقف أصلا .

وأما المقام الثانى بأن يكون الاشتراط منافيا لسنة أو لا يكون منافيا لها، فالظاهر أنه مناف للسنة فان قوله(ع) لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك يدّل على عدم جواز بيع الوقف سواء اشتراط الواقف بيعه أم لم يشترط فيكون اشتراط البيع منافيا له فلا يجوز اذن فيكون الشرط فاسدا .

اللهم الاّ أن يقال أن قوله(ع) لا يجوز شراء الوقف ليس دليلا تعبديا فى مورد عدم جواز بيع الوقف ، بل امضاء لمفهوم الوقف كما اشرنا اليه سابقا فان مفهوم الوقف يقتضى السكون والوقوف والبيع والشراء ونحوهما من التصرفات مخالف لذلك السكون وانما هى حركة العين فيكون على خلاف مفهوم الوقف، فقوله(ع) لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك امضاء لما يقتضيه ذلك المفهوم، وأن الوقف لا بدّ وان يكون ساكنا وليس له أن يتحرك بالبيع والشراء والهبه كما لا يخفى .

وعليه فلا يكون الاشتراط منافيا لمقتضى السنة أيضا سواء كان الشرط راجعا الى تبديل الوقف ببدل آخر الذى لا اشكال فيه اصلا أم كان راجعا الى كون الثمن ملكا للموقوف عليهم لما عرفت فى ان اشتراط قطع الوقف غير الوقف المنقطع فيكون صحيحا كما هو واضح .

ثم بناء على كون الاشتراط منافيا للسنه فيكون الشرط فاسدا لكونه مخالفا للسنة والشروط المخالفة للكتاب أو السنة فاسدة ولكن ذلك ليس مثل الشرط المخالف لمقتضى العقد، فانه فاسد ومفسد للعقد لكونه على خلاف مقتضى العقد ومناقضا له فينقص العقد ويفسده، ولكن الشرط المخالف للسنة كونه مفسدا للعقد يبتنى على ما سيأتى فى باب الشروط أن الشرط الفاسد هل يكون مفسدا للعقد أم لا ،فحيث ان المختار لنا هناك عدم كونه مفسدا للعقد فيكون الوقف هنا صحيحا وان اشترط فيه

قطعه كما هو واضح .

ثم العجب من شيخنا الاستاذ حيث اقتصر في البحث في المقام على المقام الاول فقط اعني كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد أم لا ولم يتكلم اصلا في أن هذا الشرط هل هو مخالف لمقتضى السنة أم لا فكان عليه (ره) ذلك ولكن تركه وأما التمسك في ذلك بخبر جعفر المتقدمة بدعوى أنه اذا جاز البيع بلا شرط فمع الشرط اولى فقد تقدم الجواب عنها و يؤكد ماذكرناه من جواز البيع صحيحة الكافي الدالة على وقف أمير المؤمنين عليه السلام صدقة وشرط فيها جواز البيع للحسن والحسين(ع) اذا حدث فيهما حدث فتكون دالة لما نحن فيه ،فانه اذا جاز اشتراط البيع للبطن الموجود فللبطن المعدوم أولى وتأويل الرواية بارادة الوصية من ذلك من خلاف الظاهر بمكان كاد أن يكون على خلاف الصراحة ومع ذلك فالعجب من المصنف حيث قال أن تأويل الرواية مشكل والعمل بها اشكل .

وأما التأويل فهو مشكل كما ذكره وأما أن العمل بها يكون أشكل لا نعرف له وجها بعد كون الرواية صحيحة وعمل جملة من الاعاظم على طبقها.

نعم لو كان على خلافها اجماع أو شهرة عظيمة فكان لهذا الكلام أيضا وجه بناء على أن اعراض المشهور عن الرواية يوجب الوهن كما قال نظير ذلك في المعاطات فله وجه لعدم وجود الرواية هناك .وأما في المقام فلا مجال لهذا الكلام .

الكلام في الصور الاربعة الاخيرة

الصورة السابعة أن يؤدي بقاء الوقف الى خرابة علما أو ظنا و هو

المعبّر عنه بخوف الخراب في كلمات الفقهاء سواء كان ذلك للخلف بين أربابه أو لغير ذلك، والخراب المعلوم والمخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعا معتدا به، وقد يكون على وجه نقص المنفعة.

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال والنفس وإن لم يعلم أن يظن بذلك وقد صرّح بعض الاعلام بجواز البيع هنا أيضا.

الصوره التاسعة: أن يؤدىّ الاختلاف بين الموقوف عليهم الى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال فضلا عن خصوص الوقف.

الصوره العاشرة: أن يلزم فساد يستباح منه الانفس ومجموع تلك الصور وان لم تذكر في كلام واحد من الفقهاء ولكنها ذكرت في كلماتهم على التفريق وقد نظمها المصنف وجمعها الى عشرة صور.

ثم ان الكلام في هذه الصور الاربعة يقع في جهتين :ـ

الاولى في العقد الايجابي وهو جواز البيع مع تأديه البقاء الى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعا يعتد به عرفا سواء كان ذلك لاجل الاختلاف أو غيره.

والثانية: العقد السلبي وهو المنع في غير ماذكر في الجهه الاولى من جميع الصور.

أما الجهة الاولى فقد استدل على الجواز بوجوه: الاول: ما ذكره المصنف ومحصل كلامه أن المقتضي لجواز بيع الوقف في هذه الصور موجود والمانع مفقود فيجوز بيعه للعمومات المقتضية لصحة البيع أو وجود المقتضي فلأنه مال لمالكه فيجوز بيعه للعمومات مقتضية للبيع أما وجود المانع فهي الادلة الشرعية المانعة عن بيع الوقف وهي لا تنهض للمانعيه هنا، أما

الاجماع فلاختصاصه بغير هذه الصورة لكونه دليلا لبيّا لا يؤخذ منه الا المقدار المتيقن .

وأما قولهم (عليهم السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها ولا يجوز شراء الوقف فلا تدخل الغلة في ملكك فلانها منصرفة عن هذه الصوره لما عرفت من أنها ناظرة الى صورة عدم سقوط العين الموقوفة عن حيّز الانتفاع بها وأما اذا سقطت عن ذلك فلا تشمله تلك الادلة على أنه لا تتم دلاله قولهم (عليهم السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها على عدم الجواز كما تقدم .

وأما الموقوف عليهم والواقف فبيع الوقف هنا موجب لحفظ حقّهم اذ مع عدم البيع تتلف العين الموقوفة ولا يبقى ما يوجب حفظ حق الواقف أو الموقوف عليهم بخلاف البيع والتبديل بعين أخرى فان ذلك يوجب الجمع بين حقوقهم .

وبالجملة الادلة المانعة عن بيع الوقف وما يؤيده كلها غير جارية هنا و اذن فلا بأس من البيع في هذه الصورة .

وذكر شيخنا الاستاذ أن هذه الصورة ملحقه بالصوره الاولى و هي خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به فان العلم بتأديته الى الخراب أو الظن به المعبّر عنه بخوف الخراب انما هو من حيث طريقيته اليه .

وبعبارة أخرى اذا احتمل احتمالا عقلائيا تأديته الى الخراب على نحو لو كان فعلا خرابا لجاز بيعه فحكم الاحتمال حكم نفس الخراب و لكن من حيث كونه طريقا لان بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنه صار خرابا فعلا ولكن الوجهان لا يتمان أما ما افاده شيخنا الاستاذ فلأن الأدلة المانعه عن بيع الوقف لقوله عليه السلام لا يجوز بيع الوقف ولا تدخل الغلة في

ملكك لاقصور فى شمولها للمقام فان الانتفاع بالعين الموقوفة ممكن بالفعل ولا يكون العلم بخرابها بعد سنة مثلا مجوّز لبيعها فعلا فضلا عن الظن بذلك أو الامارات المعتبرة كما اذا قامت البية على أنها تخرب بعد ستة أشهر وفضلا عن احتمال الخراب.

وبعبارة أخرى أنه لا يجوز بيع الوقف للوجوه المذكورة على ذلك وانما الخارج عنها مايحرز خرابه بالفعل وأما فى غيره فلاوجه لجواز البيع بوجه، بل يبقى تحت أدلّة المنع.

وبالجملة بعدما كان الوقف ممايمكن الانتفاع به فلاوجه لبيعه لشمول أدلة المنع عليه وان علم أوقامت البينة المعتبرة على خرابها فضلا عن احتمال الخراب فان الحكم تابع لموضوعه الفعلى كما لا يخفى.

ومن هنا ظهر الجواب عما ذكره المصنف فان الادلة انما تنصرف عن المنع عن بيع العين الموقوفة اذا سقطت عن الانتفاع بها ومانحن فيه ليس كك، بل هو من مصاديق عدم الجواز لجواز الانتفاع بها على النحو الذى وقفها الواقف، نعم الاجماع على تقدير حجيته لا يشمل المقام أما حفظ حق الواقف والموقوف عليهم فقد عرفت بطلانها وعدم كونها وجها لعدم جواز بيع الوقف.

نعم، بناء على حفظ حق البطون اللاحقة فلابدّ من بيع العين الموقوف مع مظّنة الخراب أو العلم به وتبديلها بعين أخرى لئل يزول حقهم كما اشار اليه المصنف فى كلامه ولكن عرفت انه لا دليل على ذلك فان البطن الموجود مالكون على الوقف بالفعل وجاز لهم الانتفاع بها فعلا فلا دليل على وجوب رفع اليد عن ملكهم لحفظ الموضوع على ملك الاشخاص الاخر و الاّ لوجب حفظ مال الناس وان توقف على صرف المال وقد تقدم هذا فيما

سبق فى فرع أنه اذا توقف حفظ الوقف للبطون اللاحقة على صرف مقدار من منافع الوقف عليه ،فهل يجوز اجبار البطن الموجود على ذلك أم لا ؟ و قلنا لا وجه عليه ،فانهم مالكون على نفعها فلاملزم لرفع اليد عن ملكهم لحفظ حق الغير ، بل ينتفعون بها مادام موجودا فان يبقى للبطون اللاحقة فتنتفعوا بها، والاّ فلا وهذا واضح لا خفا فيه ٠

والحاصل : ان المصنف قال بعدم شمول الأخبار الداله على المنع عن بيع الوقف على هذه الصور الاربع، وانصرافها عنها وقال شيخنا الاستاذ بأن احتمال الخراب كالخراب الفعلى موضوع للحكم بجواز بيع الوقف ٠

وفيه ان الحكم الفعلى تابع لموضوعه الفعلى وأنه لا وجه لانصراف الادله عن هذه الصور باجمعها بعد ماكان الانتفاع بالوقف ممكنا كما فى حاشية الايروانى ٠

ثم نقل المصنف (ره) وجهين على جواز البيع فى هذا الصور ٠

الاول : ما عن لف وكرة و المهذّب وغاية المرام من انّ الغرض من الوقف استيفاء منافعة وقد تعذّرت فيجوز اخراجه عن حدّه تحصيلا للغرض منه فيدور الامر بين انقطاع شخصه ونوعه وبين انقطاع شخصه لا نوعه ، فالثانى أولى بغرص الواقف فيجوز التبديل وجعل بدله وقفا مكان المبدل ٠

وفيه ما اجابه المصنف من أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف لانه الذى دل عليه صيغة الوقف والمفروض تعذره فيسقط و قيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص لكونه أقرب الى مقصود فرع الدليل على وجوب اعتبار ماهو الاقرب الى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض٠

الثانى : ما عن التنقيح من أن بقاء العين على حالها والحال هذه اضاعه واتلاف للمال وهو نهى عنه شرعا فيكون البيع جائزا ولعله أراد الجواز

بالمعنى الأعم فلايرد عليه أنه يدل على وجوب البيع.

وفيه أن المحرم انما هو التصدى باضاعة المال وأما تركه على حاله بحيث يضيع بنفسه فلا دليل على حرمته كما اذا مرض الغنم ولم يقدر مالكه على الذبح الى أن مات فلم يفعل هو فعلا محرما.

ثم انه استدل على جواز البيع فى كل واحده من الصور الاربعه بمكاتبه ابن مهزيار(١) قال كتبت الى أبي جعفر الثانى عليه السلام أن فلانا ابتاع ضيعة فأوقفها وجعل لك فى الوقف الخمس و يسال عن رأيك فى بيع حصتك من الارض أو تقويمها على نفسه بما اشتريها أو يدعها موقوفة فكتب الىّ أعلم فلانا انى آمره ببيع حصتى من الضيعة وايصال ثمن ذلك الىّ ان ذلك رأى انشاء الله تعالى أو يقومّها على نفسه ان كان ذلك أوفق له قال فكتبت اليه ان الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة اختلافا شديدا وأنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فان كان ترى أن يبيع هذا الوقف ويدفع الى كل انسان منهم ماوقف ذلك أمرته فكتب بخطه وأعلمه ان رأى ان كان قدعلم الاختلاف بين أرباب الوقف أن بيع الوقف أمثل فليبيع فانه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال والنفوس ، الخبر.

وفيه أولا أنها ضعيفة السند ودعوى انجبارها بالشهرة دعوى جزافيه اذ على فرض تسليم الكبرى لا نسّلم الصغرى لعدم انطباق شيء من الاقوال على الرواية فلاينجبر ضعفها بالشهرة.

بيان ذلك أنها دلت على جواز بيع حصة الامام عليه السلام من دون طرو مسوّغ للبيع فلابدّ من حملها اما على صورة اشتراء بعض الضيعة من

---

(١) وسائل : ج ١٣ ص ٣٠٤ ح ٥ -

سهم الامام(ع) أو على قضية خاصة غيرمعلومة الجهة ·

وتوهم أن الامام(ع) له الولاية على جميع أموال الناس ، بل رقبتهم فكيف بمال نفسه فجاز أن يكون أمره(ع) على البيع من جهة الولاية وفيه أن هذا التوهم فاسد، فان ظاهر قوله(ع) انى آمره ببيع حصتى من الضيعة ، و ايصال ثمن ذلك اليّ ان ذلك رأى أو يقوّمها على نفسه ان كان ذلك أوفق له هو أن الامام(ع) انما بين حكم المسألة فى نفسها لا بما أن له الولاية على العين الموقوفة ·

وأيضا أنهم استدلوا على القول السابق بقوله(ع) ربما جاء فى الاختلاف تلف الاموال بناء على أن يكون المراد بالاموال هى العين الموقوفه ·

وفيه أولا : أن ظاهر التعبير بصيغة الجمع هو تلف مطلق الاموال أعم من الوقف و غيره ·

وثانيا :أن القائلين بجواز بيع الوقف فى هذه الصورة انما يقولون فى مورد العلم بادائه الى الخراب أو الظن المتاخم بالعلم ولفظة ربما يستعمل فى المحتملات فتصير النتيجة أنه اذا احتمل طور الخراب على الوقف جاز بيعه ومن المعلوم أنه لم يلتزم به أحد فيما نعلم ، فكيف ينجبر ضعف الروايه بالشهرة :—

على أن قوله(ع) ان رأى ان كان قدعلم الاختلاف بين أرباب الوقف أن بيع الوقف أمثل فى جواب السئوال عن بيع حصّة الباقين وتقسيم ثمنه اليهم لا ينطبق على القواعد وذلك لانه لاوجه لتصدى الواقف بالبيع فانه بعدما وقف ماله فصار كسائر الاجانب·

وتوهم انه اشترط كون التولية عليه خلاف الظاهر من الروايةوأن مقتضى القواعد أن يكون بدل الوقف وقفا فلاوجه لتقسيم الثمن على الموقوف عليهم

فلايمكن العمل بظاهر الرواية ، بل يردعلمها الى أهلها أويحمل على صورة عدم اقباض الوقف وعدم كون الموقوفة مقبوضة منهم فانه حينئذ لم يتم الوقف فاختيار المال تحت يد الواقف المالك يفعل به مايشاء وقد حملها على هذا جملة من الاعلام على أن الاستدلال بها على الصورة السابعة ينافي الاستدلال بها على الصورة الثامنة التي عبارة عن وقوع الاختلاف بين الموقوف عليهم بحيث لا يؤمن معه تلف الأموال والأنفس فان الاستدلال بها على الصورة الثامنة يتوقف على أن يكون المراد بها غير الموقوفة من سائر الاموال والاستدلال بها على الصورة السابعة يتوقف على ان يكون المراد بها عين الموقوفة ٠

ثم ان الاستدلال بها على الصورة التاسعة وهي أداء الاختلاف الى ضرر عظيم يتوقف على استفادة العموم من التعليل وهو قوله (ع) فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس وهذا لا يمكن الالتزام به والا اقتضى جواز بيع الوقف لاصلاح كل فتنة وهذا مما لم يلتزم به أحد فيما نعلم فكيف يوجب انجبار ضعف الرواية ٠

ثم ان الاستدلال بها على الصوره العاشرة وهي خوف تلف النفس يتوقف على الاستدلال الغاء تلف المال عن الموضوعية وجعل الموضوع خوف تلف النفس وهو خلاف الظاهر من الرواية ، فان الظاهر منها موضوعيه كل منهما للحكم ٠

وبالجملة لا يجوز الاستدلال برواية ابن مهزيار على شيء من الصوره السابعة الى الصورة العاشر، اما من حيث السند فلا بأس به ، وأما من حيث الدلالة فمن جهه أن ماذهب اليه المشهور في الصور الاربعة لا يستفاد من الرواية ومايستفاد من الرواية لم يلتزم به أحد فيما نعلم وتوضيح ذلك أن

التعليل المذكور في الرواية بقوله(ع) فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس قد يكون حكمة ويكون مناط الحكم بجواز البيع نفس الاختلاف بمجرّده من غير وجود الحكمة في جميع موارد الاختلاف كما هو الشأن من الحكمة نظير كون التنظيف حكمة في استحباب غسل الجمعة أو وجوبه وكون اختلاط المياه حكمة في مشروعية العدة وان لم يكن موجودا في بعض الموارد كما اذا كانت المطلقة يائسة أو كان المغتسل تنظف في ليله الجمعه وهذا لم يلتزم به أحد فيما نعلم بحيث أن يقال بجواز البيع بمجرّد الاختلاف و لو كان اختلافا جزئيا غير منجرّ الى تلف المال والنفس.

وان كان المراد من التعليل ما هو ظاهر فيه من أخذه عله للحكم . و مناطا له ، بحيث يكون الموجب لجواز البيع هو تلف الاموال والأنفس الناشي من الاختلاف في هذا الوقف وكونه منشأ له وان لم يكن التالف أجنبيا عن الواقف والموقوف عليهم كما اذا كانت الضيعة موقوفة على خادم المسجد ولم يكن بينهم اختلاف ، ولكن الاختلاف بين الطباخين الذى ينجرّ الى تلف المال والنفس فلازم أخذ قوله(ع) فانه ربما جاء الخ علة للحكم تعديته الى كلّ مايترتب على الاختلاف الناشي من هذا الوقف من تلف النفس و المال و هذا أيضا لم يلتزم به أحد فيما نعلم فلايمكن الالتزام بالروايه وان كانت صحيحة .

أقول : اما رواية على بن مهزيار فمن حيث السند فلابأس به لكونها صحيحة السند، وأما من حيث الدلالة فهي خارجة عن الدلالة على بيع الوقف في شيء من الصور الاربعة بل لابد من حملها على صوره عدم تماميه الوقف أى قبل القبض والاقباض كما حملها عليه جملة من الاعلام كالمحدث الفيض وغيره وذلك لجهات عديدة فانها مؤيدة لحملها على صورة قبل

القبض ·

جهة الاولى : ان صدر الرواية لا ينطبق على الوقف التام فان سؤال السائل فى حصة الامام التى هى خمس الوقف وانه كيف يصنع بها وجواب الامام عليه السلام ببيعها أو تقويمها على نفسه وارسال ثمنها اليه عليه السلام لا يتم الآ اذا لم يتم الوقف وكان المال تحت يد الواقف بحيثلها ن يفعل به بما يشاء وذلك لأنه لا يجوز لأحد أن يبيع الوقف حتى مع اذن الموقوف عليه ومن الواضح أن جواب الامام بالبيع وارسال ثمنه اليه ليس من جهه ولا يته المطلقة حتى يرتفع الاستبعاد، بل بما أنه محل المصرف ·

الجهة الثانية : أن جواب الامام عليه السلام عن سؤال عن وقوع الخلاف بين أرباب الوقف ببيعه ايضا لا ينطبق على القواعد اذ المتصدى بالبيع على تقدير جوازه انما هو من كان امر الوقف بيده وتوليته عليه، وأما الواقف فكسائر الأشخاص أجنبى عن التصرف فى الوقف، واحتمال انه كان مشترط كون أمر الوقف بيده خلاف الظاهر من الرواية فلايجوز المصير اليه بدون القرينة الصارفه ·

الجهة الثالثة : أنه بعد مابيع الوقف فلماذا يقسّم بين الموقوف عليهم مع انك عرفت فيما تقدم أن بدل وقف فلايصح ذلك الآ بحملها على صورة قبل القبض لا بعده خصوصا يساعد على ذلك قوله ان بيع الواقف امثل حيث ان الواقف يريد الثواب فاذا فعل هكذا فانه لا يقع بين الموقوف عليهم اختلاف فيكون أصوب وامثل ·

الجهة الرابعة : وهى العمدة ان قوله عليه السلام ان كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن بيع الواقف امثل و مع قول السائل فى سؤاله وأنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فان من الواضح أنه أى خصوصيه

فى علم الواقف بالاختلاف وكذا عدم أمنه عن التفاقم والشده ، بل لا بدّ وأن يكون المناط علم المتصدى بالوقف فليس ذلك الا اذا كان أمر الوقف بيده وهذا لا يتم الآ مع عدم تمامية الوقف وكون ذلك قبل القبض لعدم انطباقها بشيء من الفتاوى المذكوره فى المقام وعلى هذا فلايجوز الاستدلال بها على بيع الوقف بترك الاستفصال كما فى كلام المصنف (ره) ومع ذلك كله فلا يجوز الاستدلال بها على المقصود أيضا مع ذلك التعليل الموجود فيه و ان كانت صريحة فى جواز البيع، بل لا بدّ من ردّ علمها الى اهلها و ذلك فانه لا يخلو اما أن يراد من التعليل الحكمة أو العلية فلا واسطة بينهما فان أريد منه الحكمة فلازمه القول بجواز بيع الوقف بمجرّد الاختلاف وان لم يؤدى الى تلف الاموال والنفوس فان ذلك كاختلاف المياه فى باب العده فالتعميم ليس بلازم .

وأن أريد منه التعليل والعلية فلازم ذلك التعدى بكل اختلاف يوجب تلف الاموال والانفس مع بقاء الوقف وان لم يكن بين أربابه اختلاف بل بين الجوار والطباخين والعمالين والمتولين ونحوهم بحيث يكون المنشأ لذلك هو الوقف وكلاهما لا يمكن الالتزام به .

وربما يقال بجواز بيع الوقف فى تلك الصور لأجل المزاحمة وان لم يكن فى البين نصّ بدعوى أن الأمر دائر بين حفظ الوقف على حاله و الالتزام بجواز تلف الأموال والانفس وبين حفظ المال والنفس والالتزام بجواز بيع الوقف وبما أن حفظ النفس عن التلف أهم من حفظ الوقف فيجوز بيعه ، بل يجب لحفظ النفس والمال .

وفيه أن هذا من العجائب فان التزاحم انما هو فى مقام العمل ، و يحصل عدم تمكّن المكلف على الامتثال لا فى مقام الجعل وعليه فارتفاع

التكليف عن المكلّف بالنسبة الى المهم واضح ، بأن يجوز بيع الوقف اذا دار الأمر بين بيعه وبين اداء الاختلاف الى تلف الأموال والانفس ولكنه لا يوجب ذلك جعل الشارع الحكم الوضعى فى مرحلة الجعل بأن يحكم بصحة المعاملة فان التزاحم لا يوجب رفع الحكم ووضعه فى مرحلة الجعل ٠

وبعبارة أخرى أن التزاحم يستلزم رفع الحكم التكليفى فى مقام الامتثال عن المهم ويوجب اتيان الأهم وهذا غير مربوط بالحكم الوضعى وحكم الشارع به فى مقام الجعل ليكون صحيحا فى مقام الامتثال ، بل يكون البيع مع التزاحم المذكور جائزا تكليفا وفاسدا وضعا فمزاحمة الأهم مع المهم فى مرحلة الامتثال لا يوجب الآجواز الاقدام على المهم تكليفا ويستلزم جوازه وضعا اذ عدم القدرة على الامتثال من المكلف انما هى بالنسبة الى الحكم التكليفى لا بالنسبة الى الحكم الوضعى كما لا يخفى ٠

فتحصل أنه لا يجوز بيع الوقف فى جميع تلك الصور الآ اذا خرب الوقف أو كان مشرفا على الخراب بحيث ليس بين الخراب والزمان الذى معمورة الآزمان قليل وكذلك فى صورة اشتراط الواقف بيعه عند الاحتياج كما صنعه على عليه السلام ٠

الكلام فى الوقف المنقطع

قوله : وأما الوقف المنقطع ٠

أقول : بناء على صحة الوقف المنقطع وهو ما اذا وقف على من ينقرض فأما ان يقال ببقائه على ملك الواقف واما ان يقال بانتقاله الى الموقوف عليهم و على الثانى فأما أن يملكوه ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند

انقراضهم واما ان يقال بعوده الى ملك الواقف، واما أن يقال بصيرورته في سبيل الله، وعلى الاول وهو بقائه في ملك الواقف فلايجوز لغير من الموقوف عليهم وغيرهم بيعه لعدم الملك، وأما الواقف فيجوز له بيعه لوجود المقتضي وهو كونه ملكا له وتكون العمومات شاملة له وعدم المانع اذ الوقفية مع كونها منقطعة لا تكون مانعة عن البيع فيصبر المشتري الى أن ينقضي السكنى ان كان عالما بذلك، أو يفسخ ان كان جاهلا، أو جعل لنفسه الخيار وأما قوله (عليه السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فانها ناظرة الى عدم جواز التصرف في الوقف على النحو الذي ينافي الوقفية وكذلك لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكك فان البيع والشراء لا ينافي الوقفية اذ الوقف انما جعل السكنى والمنفعة للموقوف عليهم دون الرقبة فانها باقية في ملك الواقف فهو انما يبيع ذلك الوقف مسلوبة المنفعة الى انقراض الوقف نظير بيع موجر العين المستأجرة فانها يكون ملكا للمشتري الى انقضاء مدة الاجاره وعلى هذا كيف ينافي البيع الوقف وكيف يكون الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

على أنه يمكن دعوى أن مفهوم الوقف منصرف عن الوقف المنقطع فيكون خارجا عن تحت الادلة المانعة عن البيع موضوعا.

نعم يكون البيع باطلا من جهة الجهالة فيكون غرريا فهو منهي عنه لأن مدة انتفاع الموقوف عليهم وانقراضهم مجهولة ومن هنا منع الاصحاب كما حكي عن الايضاح بيع مسكن المطلقة المتعددة بالاقراء لجهالة مدة العدة.

وبالجملة أن بيع الواقف الوقف المنقطع وان لم يكن فيه مانع من الاخبار مع وجود المقتضي له ولكن جهالة مدّة مانعة عنه من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به كما لا يخفى.

نعم، ورد النص على جوازه وهو ما رواه المشائخ الثلاثة في الصحيح أو

الحسن عن الحسين بن نعيم قال سألت أبا الحسن(ع) عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته ولعقبه من بعده، قال هی له ولعقبه من بعده كما شرط قلت فان احتاج الى بيعها، قال: نعم قلت فينقض البيع السكنى قال لا ينقض البيع السكنى كك، سمعت أبی يقول: قال أبوجعفر(ع) لا ينقض البيع الاجارة ولا السكن ولكن يبيعه علی أن الذی يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقض السكنی علی ما شرط الخبر. فهو كما ترى صريح فی الجواز و العجب أنه مع ذلك توقف العلامة وولده والمحقق الثانی فی المسألة.

وأما لو قلنا بعدم بقاء الوقف المنقطع فی ملك الواقف، بل انتقال الی ملك الموقوف عليهم وقلنا بكونهم مالكين للوقف ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم الی ورثتهم عند انقراضهم فلا يجوز البيع حينئذ للواقف لعدم الملك ولا للموقوف عليه فأن الواقف قد اعتبر بقائه الی انقراضهم فيشمله قوله (ع) الوقوف علی حسب ما يوقفها أهلها ولا يجوز شراء الوقف ولا يقاس ذلك بالصورة الاولی فان فيها أن الواقف مالك للوقف وفی هذه الصورة وان كان الموقوف عليه مالكا الاّ أن الواقف قد وقفه وحبسه بحيث لا يباع ويكون باقيا الی انقراضهم فالبيع نقض للغرض.

وأما لو قلنا بعوده الی ملك الواقف بعد انقراض الموقوف عليهم فلا يجوز بيعه للموقوف عليهم لمنافاته لأن الواقف اعتبر بقائه الی انقراض الموقوف عليهم واما الواقف المالك فيجوز له البيع بناء علی جواز بيع ما لا يملك ثم ملك، فان الواقف وان لم يكن مالكا بالفعل ولكنه يكون مالكا بعد انقراض الموقوف عليهم.

وأما لو قلنا بصيرورته فی سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليهم فلا يجوز بيعه مطلقا فانه عبارة أخرى عن الوقف المؤبد وقد عرفت عدم جواز بيعه

غاية الامر أنه وقف على عدة خاصة فى مدة ثم على سبيل الله كما لا يخفى ٠

الكلام فى بيع الرهن

قوله : مسألة : ومن أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا فان الظاهر ، بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك فى بيع ملكه المرهون ٠

أقول : المشهور ، بل المجمع عليه على عدم استقلال المالك فى بيع العين المرهونة ، و لكن الظاهر جوازه هذا من الموارد الذى خالفنا المشهور فى عدم انجبار الرواية الضعيفة بالشهرة فانهم استندوا فى ذلك الى النبوى الضعيف الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف و بنوا على انجبار ضعفه بالشهرة ونحن لا نعتمده و كيف كان ان التصرفات المتعلقة على العين المرهونة على ثلاثة أقسام ، فان قسم منها ينافى حقيقة الرهن و كونه وثيقة لكونه موجبا لزوال العين وخروجها عن كونها وثيقة او نقصان قيمتها كما اذا ذبح الغنم المرهونة او آجر السيارة الجديدة المرهونة أو اخرب الدار ونحوها من التصرفات المنافية لمفهوم الرهن ٠

و قسم منها لا ينافى مفهوم الرهن ، بل ربما يتوقف عليه حفظه و بقائه كالسكنى فى الدار واصلاح العين بالمقدار الذى ينعدم بدونه ، فان مثل ذلك معد لبقاء العين ٠

وقسم متوسط بين القسمين كالبيع ونحوه لعدم منافات البيع لحقيقة الرهن ولذا جاز رهن العارية ٠

أما القسم الاول : فلايجوز بلاشبهة ، ولم يستشكل فيه أحد فيما نعلم

وأما الثاني : فلاشبهة فى جوازه ، بل ربما يجب لبقاء العين المرهونة عليه ٠

وأما التصرفات المتوسطة الغير الموجبة لنقص القيمة كالبيع ونحوه ،

فالظاهر جوازه وتوضيح ذلك أن المانع عنه انما هو أمور :الاول :الاجماع التعبدي على عدم جواز ،وفيه انه على تقدير حجية الاجماع المنقول فليس هنا اجماع تعبدي اذ من المحتمل أنه مستند الى الوجوه المذكورة في المسألة والاّ فالتعبد بعدم جواز بيع الرهن بعيد جداً.

الثاني :النبوي المعروف الراهن والمرتهن ممنوعات من التصرف وفيه أنه ليس لنا وثوق ،بل ظن بصدوره من المعصوم((ع)) فلا يكون حجة وتوهم انجبار ضعفه بالشهرة في غاية الضعف لما حققناه في محلّه وأشرنا اليه في كثير من المسائل المتقدمة من أن الشهرة لا توجب انجبار ضعف الرواية .

و لو سلمنا صحة سند فلا دلالة لها على بطلان بيع الرهن ،بل هي ناظرة بمناسبة الحكم والموضوع الى التصرفات المنافية للرهن كالقسم الاول من التصرفات ،وبعبارة أخرى أن مناسبة الحكم والموضوع في قوله الراهن و المرتهن ممنوعات من التصرف تقتضي عدم نفوذ التصرف من كل منهما على استقلاله لا مع الاتفاق والاجتماع كما هو واضح .

وأما مفهوم الرهن فهو عبارة أخرى عن كون العين وثيقة ومن الواضح أن البيع لا يمنع عن ذلك ،ولذا جاز رهن العارية غاية الأمر يشترط في العقد عدم كون المبيع طلقا ،بل كونه متعلقا لحق الغير ومع عدم فكّه يكون للمشتري خيار تخلف الشرط ،بل يصح مع عدم الاشتراط أيضا غاية الامر يكون المبيع معيبا فيثبت للمشتري خيار العيب .

نعم ،لو قلنا بكون الرهن كالوقف ولم يكن للمالك علاقة الملكية كما لا يبقى له العلقة في الوقف ايضا فلعدم جواز البيع وجه ولكن أنى لهم اثبات ذلك .

وبالجملة لا دليل على بطلان بيع الرهن لعدم وجود الاجماع التعبدي

عليه ولا وجود الرواية وعدم صحة النبوى سندا ودلالة وعدم اقتضاء مفهوم الرهن ذلك .

ثم على القول بعدم جواز بيع الرهن هل هو باطل من أصله كما اختاره جمع أو يتوقف على اجازة المرتهن كما اختاره جمع آخر واختاره المصنف ،الظاهر هو الثاني للعمومات الدالة على صحة المعاملة وضعا و تكليفا وعدم وجود المعارض لها .

وأما توهم الاجماع على البطلان ،ففيه أنه على تقدير حجيته فالمقدار المتيقن منه هو البطلان مع استقلال الراهن فى التصرف أو المرتهن لا مطلقا

وأما النبوى فمضافا الى ضعف السند فيه كسائر النبويات فلا دلالة فيه على بطلان البيع من أصله ،بل انما يدل على عدم نفوذ التصرف بدون اذن المرتهن والذى يدلنا على هذا تسالم الفقهاء على صحة بيع المرتهن مع اذن الراهن أى الاجازة اللاحقة .

هذا كله مضافا الى ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالاجازة معللا بأنه لم يعص الله وانما عصى سيّده اذ المستفاد منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق الادمى يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع وحصول الرضا و ليس ذلك معصية الله أصالة فى ابقاء العقد التى لا يمكن أن يلحقها رضا الله تعالى .

ثم ان المصنف استدل على صحة بيع الرهن بفحوى أدلة صحة بيع الفضولى ،وعن التذكرة أن كل من أبطل عقد الفضولى أبطل العقد هنا ، ولكن الظاهر أن الاولوية ممنوعة من الطرفين ،أما الثاني فلما افاده المصنف من أن من استند فى البطلان فى الفضولى الى مثل قوله(ع) :لا بيع الاّ فى ملك لا يلزمه البطلان هنا .

وأما الاول :فلا مكان الالتزام بصحة الفضولي وبطلانه هنا كما ذهب اليه الشيخ اسد الله التستري وذلك من جهة أن العمومات تشمل للعقد الفضولي بعد الاجازة وانتسابه الى المالك لكون العقد عقده فيكون صحيحا بخلاف المقام ،فانه كالعقد على بنت الاخ والاخت صادر من المالك ابتداء من غير شمول العمومات لها فحيث أنه عقد واحد وليس له أفراد عديدة فلا تشمله العمومات بعد الاجازة ايضا،ولكن اجبنا عنه فيما سبق من العقد الفضولي أن العمومات شاملة لها بعد الاجازة للعمومات الزماني ، فانه ليس منحصرا بصورة تعدد الافراد الطوليّة ،بل يجری فی الفرد المستمر فاذا لم تشمل العمومات لعقد مدّة من الزمان لمانع فتشمله بعد ارتفاع المانع.

وحاصل الكلام من الاول أنه لا اشكال فی بیع الرهن بان يبيعه الراهن من غير استيذان من المرتهن ،بل باستقلاله غاية الامر شرط على المشتري كون المبيع ملكا غير طلق .بل بدون الاشتراط فيكون له خيار العيب.

ودعوى الاجماع التعبدی على البطلان دعوى جزافية لاحتمال كونه مستندا الى الوجوه المذكورة في المسألة والتمسك فی المنع الى النبوی الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف بلا وجه لضعف سنده أولا . وعدم انجباره بالشهرة ،ولذا خالفنا المشهور في هذه المسألة ،وعدم دلالته على المقصود ثانيا ،فان مناسبة الحكم والموضوع يقتضي أن المراد من كونهما ممنوعان من التصرفات المنافية للرهن لا مطلق التصرف ومن الواضح أن البيع لا ينافی الرهن ،ولذا يجوز رهن العارية واذن فلا مانع من البيع مع وجود المقتضي له وكونه ملكا للبايع فيجوز التمسك بالعمومات الدالة على

صحة البيع٠

ودعوى عدم جواز التمسك بها من جهة أن البيع من الاول بيع ما لا يملك و لم تشمله العمومات وبعد الاجازة ليس هنا عقد آخر ليكون مشمولا لها ،لكونه فردا واحدا لا افرادا عديدة لتكون مشمولة لها بحسب العموم الزمانى فلا يقاس ذلك بالبيع الفضولى لكونه حين استناده الى المالك مشمولا للعمومات وكون العقد عقده و ان لم تشمله من الاول من جهة صدوره من الأجنبى وأما هنا فقد عرفت أن العقد حين صدوره من المالك لم تشمله العمومات لعدم رضاية المرتهن وبعد الاجازة ليس هنا عقد آخر ، فيكون باطلا دعوى جزافية ٠

بيان ذلك أن العمومات من أوفوا بالعقود وأحل الله البيع وغيرهما كما تدل على صحة العقود بحسب الافراد الطولية المسماة بالعموم الزمانى فكك تدل على صحة العقد الواحد فى طول الزمان وفى كل آن ، و هذا أيضا عموم زمانى فهذا العقد الواحد المستمر يجب الوفاء بها فى طول الزمان وعلى هذا فلو خرج فى زمان عن تحت العموم فلا يوجب ذلك خروجه عنه فى جميع الآنات بل تشمله العمومات مع وجدانه الشرائط فبيع الراهن وعقد بنت الاخ وبنت الأخت وان كان قبل اجازة المرتهن والعمة والخالة غير داخلة تحت العمومات ولكنها بعد الاجازة تكون مشمولا للعمومات٠

لا يقال على هذا فيلزم جواز التمسك بالعمومات فى جميع العقود التى كانت واجدة للشرائط بعد ماكانت فاقدة لها كما اذا فقدت شرائط المتعاقدين كعقد الصبى والمجنون ثم بالغ الصبى وافاق المجنون أوفقدت شرائط العقد كما اذا كانت غرريا ثم ارتفع الغرر و هكذا مع أنه لاّ يمكن

الالتزام بذلك ·

فانه يقال فرق واضح بين ما نحن فيه وبين الأمور المذكورة فان الظاهر من الأدلة أن من شرائط العقد حين تحققه أن لا يكون غرريا وان لا يكون صادرا من المجنون والصبي والاّ بطل العقد ،فاذا كان حين تحققه غررياً أو صادرا من الصبي والمجنون ثم انتفى الغرر أو بلغ الصبي أوبرح المجنون فلايمكن الحكم بصحة هذا العقد،فان ما تحقق غرريا أو صدر من الصبي و المجنون لم يكن صحيحا عند التحقق ومايكون فعلا واجدا للشرائط ليس عقدا آخر غير ما تحقق أولا الذي كان مشروطا من الاول بهذه الشروط ، فيكون باطلا ·

وهذا بخلاف العقد الفضولي وبيع الراهن فان صحة العقد فيهما مشروط برضى المالك والمرتهن ولكن لا دليل على كونه كك من حين الحدوث فاذا رضيا به فيكون العقد عقدا برضا صاحبه من المالك والمرتهن فتشمله العمومات فيحكم بالصحة كعقد المكره بعد الرضاء ·

وبالجملة اذا كانت الشرائط من الأمور التعليقية الخارجة عن كونها شرطا لنفس العقد أو للعاقد فلا وجه لكونه صحيحا في زمان و باطلا في زمان آخر كبيع الغرري ونحوه واما اذا كان من الأمور التعليقية كالرضا فلا وجه لفساد العقد بدونه اذا كان واجدا لذلك بعد مدة لعدم القصور من شمول العمومات عليه كما لا يخفى ·

و ما عن صاحب المقابس من أن عقد الراهن كعقد النكاح على بنت الاخ والاخت بدون رضا المرتهن والعمة والخالة صادر من المالك غير مشمول للعمومات فبعد الاجازة ليس هنا عقد آخر ليكون مشمولا لها قد ظهرفساده مما ذكرناه ·

الوجه الثاني : مما يدل على صحة بيع الرهن مع الاجازة مع التنزل عن جواز بيعه استقلالا لروايات الدالة على صحة بيع العبد معللا بانه لم يعص الله وانما عصى سيده حيث أن المستفاد منها أن عصيان المخلوق فى حقهم لا يوجب بطلان المعاملة واما الموجب للبطلان انما هو عصيانه تعالى .

ثم نقل المصنف (ره) عن بعض معاصريه القول ببطلان عقل الراهن بدون اذن المرتهن سابقا متمسكا بالاجماعات والاخبار المحكية على المنع و النهى ،قال وهو موجب للبطلان وان كان لحق الغير اذ العبرة بتعلق النهى بالعقد لا الأمر خارج منه وهو كاف فى اقتضاء الفساد كمااقتضاه فى بيع الوقف وأم الولد وغيرهما مع التواتهما فى كون سبب النهى حق الغير ثم أورد على نفسه بماحاصله أنه على هذا يلزم بطلان العقد الفضولى وعقد المرتهن مع أن كثيرا من الاصحاب ساوا بين الراهن والمرتهن فى المنع كما دلّت عليه الرواية فيلزم بطلان عقد الجميع أو الصحته فالفرق تحكم .

ثم أجاب بأن التصرف المنهى عنه ان كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم ولا يحل له الاجازة المتعقّبة وان كان عقدا أو ايقاعا فان وقع بطريق الاستقلال لا على وجه النيابة عن المالك فالظاهر أنه كك كما سبق فى الفضولى والاّ فلا يعد تصرّفا يتعلق به النهى فالعقد الصادر عن الفضولى والمرتهن اذا كان على نحو الظلم والغصب فيكون منهيّا عنه وباطلا .

وأما اذا كان بقصد النيابة عن المالك فلا وجه للبطلان وأما الراهن المالك فحيث أنه حجر عن ماله برهنه فيكون عقده مستندا الى ملكه لعدم المعنى لقصد النيابة فيكون منهيّا عنه وباطلا فيكون ما دل على النهى عن تصرفه الكذائى مخصصا للعمومات .

ثم قال وأما التعليل المستفاد من الرواية(١) المروية في النكاح من قوله لم يعص الله وانما عصى سيده فهو جار فيمن لم يكن مالكا كما أن العبد لا يملك أمر نفسه ،وأما المالك المحجور عليه فهو عاص لله تعالى بتصرفه و لا يقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا وانما منع الله من تفويت حقه بالتصرف وما ذكرناه جار في كل مالك متّمول لأمر نفسه اذا حجر على ماله لعارض كالفلس وغيره فيحكم بفساد الجميع.

وقد أورد عليه المصنف بوجوه كلها صحيحة .

منها :أنه لا فرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال و بيعه على وجه النيابة فان البيع ان كان تصرفا في مال الغير وكون نفس الانشاء مصداقا للتصرف المحرم فهو حرام مطلقا مع قصد النيابة وعدمه و الاّ فلا وجه للبطلان .

ومنها أن مطلق النهي المتعلق بالمعاملة لا يقتضي الفساد بل انما يقتضي الفساد اذا كان نهيا ارشاديا لا نهيا تكليفيّا فان النهي التكليفي لا يستفاد منه الفساد اذ لا ملازمة بين الحرمة والفساد ، نعم لو كان للارشاد دل على الفساد فدلالة النهي على حرمة بيع الرهن لا يدل على الفساد لعدم الملازمة بينهما .

ومنها :أن قصد النيابة لو كان مصححا للعقد فيتصور مثل ذلك في بيع الراهن أيضا فانه قد يبيع رجاء لاجازة المرتهن ولا ينوي الاستقلال و قد يبيع جاهلا بالرهن أو بحكمه أو ناسيا ولا حرمة في شيء من ذلك .

ومنها :أن المتيقن من مورد الاجماع والاخبار أعني الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف هو استقلال كل منهما في التصرف في العين المرهونة وأما أزيد من ذلك فلا دليل عليه .

---

(١) وسائل :ج ١٤ ص ٥٢٣

ومنها : أن ماذكره من منع جريان التعليل فى روايات العبد فيما نحن فيه لوجود الفرق بينهما فاسد، بل الظاهر كون النهى فى كل منهما لحق الغير فان منع الله جل ذكره من تفويت حق الغير ثابت فى كل ماكان النهى عنه لحق الغير من غير فرق بين بيع الفضولى ونكاح العبد و بيع الراهن ·

ومنها : أن ماذكره من المساواة بين بيع الراهن وبيع الوقف وأم الولد ففيه أن الحكم فيهما تعبد محض ولذا لا يؤثر الاذن السابق من الواقف و المولى فى صحة البيع، بل لو اجتمعوا أى الواقف والموقوف عليه أو المولى و الولد وأم الولد ورضوا على البيع فأيضا لا يجوز كما لا يخفى وعلى هذا فقياس الرهن عليه فى غير محلّه ·

وبالجملة أن المستفاد من طريقة الاصحاب، بل الأخبار أن المنع من المعاملة اذا كان لحق الغير الذى يكفى اذنه السابق لا يقتضى الابطال رأسا بل انما يقتضى الفساد بمعنى عدم تربت الاثر عليه مستقلا من دون مراجعة ذى الحق ويندرج فى ذلك الفضولى وعقد الراهن و المفلس و المريض وعقد الزوج لبنت اخت زوجته أو أخيها وللامة على الحرة وغير ذلك فان النهى فى جميع ذلك انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الاثر المقصود من العقد عرفا ·

قوله : وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا ·

أقول : بناء على كون الاجازة هنا كاشفة كما هو الظاهر، فيلزم أن يكون الرهن ملكا للبايع أعنى الراهن والمشترى فيكون البيع و الرهن متنافيين ولا يعقل تحققهما فى زمان واحد فيكون نظير ما تقدم فى مسألة من باع شيئا ثم ملكه من أنه على تقدير صحة البيع يلزم كون الملك لشخصين

فى الواقع·

وأجاب عنه المصنف بأن القائل بجواز بيع الرهن انما يلتزم بكشف الاجازة عن عدم الرهن من الاول بناء على الكشف والا لجرى ذلك فى العقد الفضولى ايضا لأن فرض كون المجيز مالكا للمبيع نافذ الاجازة يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الاجازة واما ما يلزم فى مسألة من باع شيئا ثم ملكه فلا يلزم فى مسألة اجازة المرتهن ، نعم يلزم فى مسألة انفكاك الرهن ، فانه حينئذ يكون ملكا للبايع والمشترى معا وسيجىء التنبيه على ذلك انشاء الله تعالى ثم ان هذا الاشكال انما فى صورة عدم اجتماع الرهن مع البيع وأما بناء على مسلكنا فلا موضوع له أصلا ، لجواز اجتماعهما على ما عرفت فتحصل أنه لا محظور فى بيع الرهن بوجه·

قوله : ثم ان الكلام فى كون الاجازة من المرتهن كاشفة و ناقلة هو الكلام فى مسألة الفضولى ·

اقول : قد عرفت فى بيع الفضولى أن مقتضى القاعدة هو النقل وحصول الملكية للمشترى من حين الاجازة وانما يصار الى الكشف لدليل اقتضى ذلك فان كون الاجازة شرطا فى صحة البيع بعنوان التعقب مؤونة زائدة يحتاج الى الدليل وعلى هذا فالدليل الدال على الكشف فى باب الفضولى انما هو الخبر الوارد فى النكاح كما تقدم وانما تعدينا الى سائر العقود من جهة القطع بعدم الفرق بين أفراد العقود وأما فى المقام فحيث أن المباشر للعقد انما هو من له العقد دون الاجنبى كما فى الفضولى و ما بيده الاجازة انما هو غير المالك اعنى المرتهن الذى ليس العقد له فاسراء الدليل الوارد فى النكاح الى هنا يحتاج الى علم الغيب وعليه فمقتضى القاعدة هنا هو النقل ـ

ولكن تقدم فى الفضولى أن مقتضى القاعدة هو الكشف الحقيقى ، لا بالمعنى الذى سلكه القوم ، بل بمعنى آخر وهو أن يكون المبيع ملكا للمشترى من الاول ولكن حين الاجازة لا من زمان العقد كما عرفت بما لا مزيد عليه وعليه فنقول بالكشف هنا ايضا على طبق القاعدة.

وأما ماأفاده المصنف (ره) هنا من أن القول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى لأن اجازة المالك أشبه بجزء المقتضى وهى هنا من قبيل رفع المانع ومن اجل ذلك جوّز واعتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن مع أن الايقاعات عندهم لا تقع مراعاة والاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب كما فعله المحقق الثانى فى كتاب الرهن فى مسألة عفو الراهن عن جناية الجانى على العبد المرهون مناف لتمسكهم فى العتق بعمومات العتق.

وفيه انه لا وجه للأولوية فان عدم جريان الفضولى فى الايقاعات من جهة الاجماع والمتيقن منه ما كان الايقاع من الاجنبى فلا يعمّ بما اذا كان من المالك مع توقفه على رضاية الغير الذى ليس بمالك كما فى عتق الراهن لكونه مشمولا للعمومات ، بل هو غير مربوط بباب الفضولى اصلا فضلا عن اقتضاء الأولوية الكشف.

قوله : ثم انه لا اشكال فى أنه لا ينفع الردّ بعد الاجازة وهو واضح.

أقول : أما الاجازة بعد الردّ فذكر المصنف فيه وجهان : الاول أن الردّ فى معنى عدم رفع اليد عن حقه فله اسقاطه بعد ذلك وليس ذلك كرد بيع الفضولى لأن المجيز هناك فى معنى أحد المتعاقدين وقد تقرر أن ردّ أحد العاقدين مبطل لانشاء العاقد الآخر بخلافه هنا فان المرتهن أجنبى له حق فى العين.

الثانى : أن الايجاب المؤثر انما يتحقق برضا المالك والمرتهن فرضاء

كل منهما جزء مقوم للايجاب المؤثر فكما أن ردّ المالك فى الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم كذلك ردّ المرتهن وهذا هو الاظهر من قواعدهم.

والظاهر أن الاجازة بعد الردّ مؤثرة فى صحة العقد ولا يتنى ، لما ذكره المصنف وذلك من جهة أنه قد تقدم أن الدليل على عدم تأثير الاجازة بعد الردّ هو الاجماع، ومن الواضح أنه دليل لبيّ يقتصر منه على المورد المتيقن وهو صورة كون العقد من طرف المرتهن ومن لرضايته دخالة فى صحة العقد هو المالك لا الاجنبى كما فى المقام فان المرتهن اجنبى عمن لهما العقد فرضايته دخيل ولكن رده لا يفيد فيكون مشمولا للعمومات بل قد ذكرنا فى بيع الفضولى دلالة صحيحة محمد بن قيس على تأثير الاجازة بعد الرد مطلقا حيث يفهم من ردّ الوليدة آثار الرد مع ذلك يحكم فيها بصحة البيع كما تقدم وان استشكلنا فيها أيضا فراجع.

قوله : ثم انّ الظاهر أن فكّ الرهن بعد البيع بمنزلة الاجازة لسقوط حق المرتهن بذلك.

أقول : وقع الخلاف فى أن فكّ الرهن هل يكون مثل الاجازة وكذا سقوط الرهن بأى نحو كان من اسقاط الدين أو ادائه أولا ، بل لا يلزم العقد به بوجه وأنه ليس كالاجازة وقد صرّح بالاول فى التذكرة وكذا عن فخر الاسلام والشهيد فى الحواشى ، والظاهر من المحقق و الشهيد الثانيين ويحمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله فى القواعد، بل مطلق السقوط الحاصل بالاسقاط أو الابراء أو بغيرهما نظرا الى أن الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن وسقوطه بعد ذلك لا يؤثر فى تصحيحه.

والفرق بين الاجازة والفك أن مقتضى ثبوت الحق له هو صحة امضائه للبيع الواقع فى زمان حقه وان لزم من الاجازة سقوط حقّه فيسقط حقه بلزوم

البيع.

وبالجملة فالاجازة تصرف من المرتهن في الرهن حال وجود حقه أعني حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير اجازة المالك بخلاف الاسقاط أو السقوط بالابراء أو الاداء فانه ليس فيه دلالة على مضي العقد حال وقوعه فهو اشبه شيء ببيع الفضولي او الغاصب لنفسهما ثم تملكهما و قد تقدم الاشكال فيه عن جماعة.

ثم ايدّ ذلك، بقوله و يؤيد ما ذكرناه، بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون اذن سيده بمجرد عتقه مالم يتحقق الاجازة ولوبالرضا المشتكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح.

وأورد عليه المصنف وتبعه شيخنا الاستاذ هذا ولكنّ الانصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهة أن عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس الاّ لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حقّ المالك بتسليط المالك فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضى، وانما هو من جهة المانع فاذا زال المانع أثر المقتضى.

ثم قال وأما قياس مانحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيد فهو قياس مع الفارق لأن المانع عن سببيّة نكاح العبد بدون اذن سيدّ مقصور تصرفاته عن الاستقلال في التأثير لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح اذ لا منافات بين كونه عبدا وكونه زوجا ولأجل ماذكرنا لو تصرّف العبد لغير السيّد ببيع أو غيره ثم انعتق العبد لم ينفع في تصحيح ذلك التصرّف.

أقول: قد تقرر في الأصول أن جميع الاعتبارات والقيود اتراجعةالى موضوعات الاحكام لا الى نفسها فموضوع صحة بيع الراهن انما هو بيع

الراهن مع اجازة المرتهن فاذا ارتفع موضوع اجازة المرتهن لا يبقى موضوع لصحة العقد الذى كان مقيدا باجازة المرتهن وأما مجرّد وجود المقتضى وعدم المانع فلا يفيد فى ثبوت الحكم لعدم ترتّب الاثر عليه ما لم يتحقق موضوع الحكم حقيقة والاّ لجرى الكلام فى بيع الغرر ونحوه ويقال أن مقتضى الصحة موجود والمانع أى الغرر مثلا مرتفع فيؤثر المقتضى أثره ٠

وبالجملة أن باب المقتضى والمانع مما لا يترتب عليه شىء بوجه ما لم يتحقق الموضوع بجميع قيوداته فى الخارج فاذا تحقق فترتب عليه الأثر ٠

ثم انك عرفت أن وجه جواز بيع الراهن مع الغض عن جوازه استقلالا فى نفسه انما هو وجهان :

ا الوجه الاول : أن الظاهر من الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف هو التصرف الاستقلالى وكون كل منهما مستقلا فى التصرف من غير أن يكون لنظر الاخر دخالة فيه ،وأما التصرفات الغير الاستقلالية فلا محظور فيها لكونها خارجة عن اطلاق الحديث فيكون مشمولا للعمومات وأما اذا باع الراهن الوثيقة ففكّ الرهن قبل الاجازة أو سقط الدين بابراء ونحوه فلا وجه لخروج ذلك عن اطلاق الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف ، بل هو شامل لمابعد الفك وماقبله لان فى زمان العقد لم تكن اجازة المرتهن ولا أن الراهن كان تصرفه نافذا على الاستقلال وفى زمان كان الراهن نافذ التصرف لم يكن هنا بيع فلا وجه للتصحيح ٠

ومن هنا ظهر أنه لا موضوع لاستصحاب عدم اللزوم الحاكم على العموم كما فى كلام المستدل على الفرق بين الفكّ والاجازة وللجواب عنه بأن المورد من موارد التمسك بالعام لعموم أوفوا على جميع الانات سوى زمان الرهن فان البيع فيه غير لازم وأما فى غيره فالعمومات محكمة ،ووجه عدم الاحتياج ، أنه بعد وجود الرواية لاشرح للأصل وأنه مخصص للعمومات فلا محال .

للتمسك بها كما عرفت.

الثاني : أنه مع الغض عن الوجه الاول أن ما دل على جواز نكاح العبد وصحته معللا بأنه لم يعص الله وانما عصى سيده دل على جواز بيع مالرهن مع رضا المرتهن بدعوى ان المستفاد منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق الادمى يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع وحصول الرضا و ليس ذلك كمعصية الله اصالة فى ايقاع العقد التى لا يمكن أن يلحقها الرضا الله وأما فى غير ما لا يمكن فيه رضا المرتهن فلا مورد للتمسك بما ورد فى نكاح العبد، بل نتمسك باطلاق الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف بناء على صحة التمسك به كما عليه المشهور والغض عما بنينا عليه من جواز بيع الراهن استقلالا كما عرفت، فان ما لا يجوز بيع الرهن انما هو البيع الذى يكون كبيع الغاصب بحيث جعل المبيع كغير الرهن ويعامل معه معاملة الملك الطلق لا البيع الذى لا ينافى فى الرهنية بوجه.

والحاصل : أنه ربما يفرق بين فكّ الرهن وبين اجازة المرتهن ، و الالتزام بالصحة فى الثانى وبالفساد فى الأول وقد أجاب عنه المصنف و تبعه الاستاذ بان مقتضى الصحة فى بيع الراهن العين المرهونة موجود و المانع عن تأثيره انما هو حق المرتهن فاذا ارتفع بالفكّ فيؤثر المقتضى اثره

وفيه أن الاحكام الشرعية خارجة عن باب المقتضى والمانع بل القيودات والشرائط فيها معتبرة فى الموضوع فيدور الحكم مدار وجود الموضوع ، و واجديته تمام الشرائط فاذا لم يتم شىء من شرائطه فلا يترتب الحكم عليه فصحّة بيع الرهن انما هى مترتبة على اجتماع كل من الراهن والمرتهن على البيع فان اجتمعا فى ذلك فيصحّ واذا استقل كل منهما فى التصرف فيبطل كما هو مقتضى الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف و على هذا

فلو باع الراهن العين المرهونة وقبل اجازة المرتهن فك الرهن باسقاط الدين أو بأدائه فلا يمكن الحكم بصحته لشمول اطلاق الخبر له ما قبل فك وما بعده فيكون باطلا ·

وبعبارة أخرى صحته كانت متوقفة على اجازة المرتهن فلم تحصل بل ارتفع موضوعها و من الواضح أن الخارج عن تحت الخبر انما كان صورة اجتماع الراهن والمرتهن على البيع وأما غيرها فكان داخلا تحت الاطلاق فلا يشمله عموم أحل الله البيع وأوفوا بالعقود ،وغيرهما من العمومات ، فانها وجد قبل الفك لم يكن الشرط فيه موجودا وهو اجازة المرتهن ،وأما بعد الفك فلم يوجد البيع ليكون مشمولا لعموم الوفاء بالعقد،فافهم ·

وأما ما ادعاه المصنف من أنه لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب وارتفاعه فالمقام من باب وجوب العمل بالعام من باب استصحاب حكم الخاص كما زعمه المتوهم فانه وان كان متينا بالنسبه الى عدم جريان الاستصحاب لتبدل الموضوع مضافا الى عدم جريانه فى الاحكام الكلية كما حقق فى محله ولكن لا يتم من جهة التمسك بالعام أيضا لما عرفت أن اطلاق الراهن والمرتهن شامل للمورد فيكون مخصصا لعموم العام ·

وتحصل أنه اذا باع الراهن العين المرهونة ثم فكّ الرهن فيكون البيع فاسدا فلا مجوّز للتصحيح ·

ثم بناء على الصحة فهل مقتضى القاعدة هنا ايضا الكشف كالفضولى أو النقل الظاهر هو النقل لماعرفت أن دليل الكشف هو الخبر الوارد فى باب النكاح من أنه تحلف المرأة أنها كانت راضية بالنكاح لو بقى زوجها وتعدينا من ذلك الى كل عقد من جهة القطع بعدم الفرق بينها ،و أما

المقام فلا وجه للتعدى اليه حتى لوجوزنا التعدى الى صورة اجازة المرتهن اذ ليس هنا اجازة حتى تكشف عن حصول الملكية من الاول ونتعدمن خبر النكاح اليه، بل ليس هنا الاّ الفكّ فلا موجب للكشف فى مقام الاثبات وانما مقتضى القاعدة هو النقل.

واما بناء على ماذكرنا من كون الكشف على القاعدة فكك أيضا فأنا قلنا به من جهة تعلق الاجازة على العقد من الاول من حين الاجازة و ليس هنا اجازة لتتعلق بالعقد ويكشف عن الملكية من الاول.

ثم لو قلنا بالكشف ايضا فهل يحكم بلزوم العقد من طرف الراهن بحيث ليس له أن يفسخ العقد أم لا، فحيث أن المصنف قد قال فى البيع الفضولى أن الامر بالوفاء بالعقد حكم انحلالى بالنسبه الى كل شخص كما أنه حكم انحلالى بالنسبه الى كل فلكل من البايع والمشترى أمر بالوفا بالعقد مستقلا وعلى هذا فيجب للراهن الوفاء بالعقد كالمشترى الاصيل فلا يجوز له فسخه ولا ابطاله بالاذن للمرتهن فى البيع.

وفيه أن معنى الوفاء هو الاتمام والانهاء والوفاء بالعقد هو انهاءه ولا يتم ذلك الاّ بعد تحقق العقد والالتزام وهو لا يحصل الا من الطرفين فالشارع المقدس انما يحكم باتمام العقد وانهائه اذا كان العقد حادثا وامضائه حدوثا ثم يحكم ببقائه بقاء وليس كك اذ الشارع لم يمض العقد بعد فكيف يحكم بانهائه فانه لا يتم بالتزام البايع فقط وفى المقام لا يتم بالتزام الراهن فقط بدون رضاية المرتهن وهذا نظير بيع الصرف و السلم قبل القبض فهل يتوهم أحد بجواز التمسك بالعمومات قبل القبض وكك مثل الوقف قبل القبض.

ثم بناء على اللزوم وعدم جواز فسخه فهل يجب للراهن فك الرهن

ليبقى البيع وينهيه الى الاخر أو لا يجب و قد تردد المصنف فى المسألة و قال يمكن أن يقال بوجوب فكّه من مال آخر اذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى الاّ بذلك فمن باب المقدمة يجب الفكّ ليحصل الوفاء به ،فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع.

ويمكن أن يقال انه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه وأما دفع حقوق الغير وسلطنته فلايجب ولذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكه ويدفعه اليه بناء على لزوم العقد بذلك .

والظاهر هو الثانى فان الأمر بالوفاء بالعقد ارشاد الى أنه لا ينقضى بالفسخ ولو أراد ان يفسخ فلا ينفسخ ،وأما أنه من المحرّمات بحيث يكون الوجوب تكليفيّا فلا اذ لا يمكن أن يكون أمر واحد ارشاديا و تكليفيا معا بحيث يكون أمر واحد متكفلا لجهتين كما هو واضح . لا يخفى وعليه فلا يجب للراهن فكّ الرهن و ان قلنا باللزوم مقدمة الاداء والوفاء .

ثم انه لو قلنا بكون الامر بالوفاء تكليفيا ايضا فلو امتنع فهل يباع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك ،وان لزم من ذلك ابطال بيع الراهن لتقدم حق المرتهن أو يجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر جمعا بين حقى المشترى و المرتهن اللازمين على الراهن البايع وجهان ،كما فى المتن الظاهر هو تقديم حق المرتهن كما هو واضح . وأما مع انحصار المال فى المبيع فلااشكال فى تقديم حق المرتهن كما هو واضح .

الكلام فى بيع الغررى

قوله : مسألة الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم ، فان

الظاهر الاجماع على اشتراطها في الجملة ·

أقول : ومن جملة شروط العوضين القدرة على التسليم تنقيح مورد البحث هو أن المراد من القدرة على التسليم هو القدرة الفعلية بمعنى التمكن على التسليم عند البيع فلو قدر المشتري على التسلّم و لم يقدر البايع على التسليم فيكون البيع صحيحا ولكن كان للمشتري الخيار اذ ليس عليه التسلّم ، بل يجب المبايع التسليم وكذا يثبت الخيار للمشتري اذا كان البايع قادرا على التسليم حين البيع ثم طرء له العجز ، بل يجوز للمشتري طلب الاجرة على الاستفادة فكل ذلك ليس موردا للكلام ، وانما مورد البحث ماكان التعذر من المنتقل عنه والمنتقل اليه معا و مثلوا لذلك ببيع السمك في الماء والطير في الهواء ثم لم ينقل الخلاف من العامة والخاصة في اعتبار هذا الشرط الاّ أن العامة خالفوا في بيع الأبق فقالوا بعدم الصحة و لم ينقل الخلاف من الشيعة في اعتبار هذا الشرط ، الاّ من الفاضل القطيفي المعاصر للمحقق الثاني ·

ثم ان الدليل على اعتبار هذا الشرط وجوه : الاول : قوله (ع) نهى النبي (ص) عن بيع الغرر المشهور بين العامة والخاصة فيقع الكلام تارة في سند الحديث وأخرى في دلالته ، أما الاول فلا شبهة في ضعفه لكونه نبويا الاّ انه اشتهر الاستدلال به في المسألة وعليه فان كانت الشهرة مستندة الى الحديث و قلنا بكونها جابرة لضعف السند فيها و الاّ فلا يمكن الاستدلال به واثبات كل من الصغرى و الكبرى مشكل جدا ·

وأما دلالته على المقصود فغرّ تارة يوخذ متعديا فيكون بمعنى الخديعة والغفلة يقال غرّه أي خدعه كما في الصحاح والقاموس و غيرهما ويظهر ذلك من الرواية المروية عن أمير المؤمنين (ع) أنه عمل ما لا يؤمن

معه من الضرر كما فى لسان العرب، ثم حكى المصنف: عن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر بالغفلة أنه نهى عن بيع الغرر وهو ما كان له ظاهر يغرّ المشترى وباطن مجهول وبالجملة أن الظاهر من جملة من أهل اللغة ان الغرر بمعنى الخديعة .

وتارة أخرى يستعمل لازما فيكون بمعنى الخطر كما فى المصباح و الأساس والمغرب والجمل وفي لسان العرب نسبه الى بعض و ان كان بمعنى الخديعة فيكون النهى تكليفيّا محضا ونهيا عن خصوص التغرير فلا يكون ناظرا الى الجهة الوضعى الا أن المشهور استدلوا به على البطلان وان كان بمعنى الخطر فيكون ناظرا الى الجهة الوضعى فحيث أن تعين أحد المعنيين غير معلوم فلا يمكن الاستدلال به و العلم الاجمالى بأحدهما لا يفيد لكون كل منهما مشكوكا بالشبهة البدوية و ليس بينهما جامع كلى يوجب العلم التنجز .

نعم بناء على كون الغرر بمعنى الخطر فيستدل به على البطلان و لا يفرق فيه بين ماكان الجهل متعلقا بحصوله بيد من انتقل اليه أم بصفاته كمّا أو بصفاته كيفا كما ذكره المصنف، واما اذا تعلق بأصل الوجود فيكون من باب بيع ما لا يملك فيكون خارجا عن المقام وربما يقال ان المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع ومقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه ضرورة حصوله فى بيع الغائب خصوصا اذا كان فى بحر ونحوه، بل هو أوضح فى بيع الثمار والزّرع ونحوهما .

وفيه أولا : انه ان كان بيع الغائب مما يوثق بحصول المبيع فليس فيه خطر بوجه فان ذلك من قبيل العلم بالحصول ضرورة قيام الاطمينان مقام العلم وكونه علما ، وان لم يوثق بحصوله فيكون عين المتنازع فيه فلايكون فيه

امتياز بوجه ·

وثانيا : ماذكره المصنف أن الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشترى اعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله فلا وجه لتقييدكلام أهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثالين المذكورين واحتمال ارادتهم ذكر المثالين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده يدفعه ملاحظة اشتهار التمثيل بهما في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهالة بالصفات، هذا مضافا الى استدلال الفريقين من العامة و الخاصة بالنبوى المذكور على اعتبار القدرة على التسليم ·

وبالجملة لا وجه لهذه الدعوى من العرف واللغة والشرع وفي مقابل هذا القول ما عن الشهيد في القواعد حيث قال الغرر ماكان له ظاهر محبوب وباطن مكروه وشرعا هو جهل الحصول ومجهول الصفة فليس غررا و بينهما عموم وخصوص من وجه فانه مضافا الى اطلاق الرواية أنه ليس للغرر حقيقة شرعية حتى يتعدى بها كما لا يخفى و لكن الذي يسهّل الخطب أن كون الرواية ناظرا الى الحكم الوضعي محل تأمل ،بل منع كما عرفت ثم انه هل العلم بوجود الخطر كالجهل بالمبيع أم لا ،الظاهر هو الاول لا من جهة الفحوى بل من جهة خطرية المعاملة كما لا يخفى ·

الوجه الثاني : ماذكره شيخنا الاستاذ من أنه لو لم يمكن التسليم و التسلّم فهذا المال لا يعتبره العقلاء مالا ولا يترتّبون عليه أثرا ولذا مثل الاساطين لفقد هذا الشرط ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء مع عدم رجوعهما الى الحالة التي يمكن اقباضهما وقبضهما ·

وفيه أنه على فرض اعتبار المالية في صحة البيع فهذا الوجه انما يتم في الجملة أي فيما لا يكون المبيع في نظر العرف مالا كبيع الطير في الهواء

و السمكة فى الماء فان العرف لا يراهما مالا ، بل ربما يعدونهما من التلف العرفى وأما فيما لم يكن المبيع الذى لا يقدر على تسليمه من التالف كما اذا غصب الغاصب المبيع ولم يكن البايع قادرا على الانقاذ فانه لا يعد ذلك فى العرف تالفا وغير مال ، بل يعدّ مالا كما لا يخفى على أنه لا دليل على اعتبار المالية فى المبيع كما تقدم فى أول البيع.

والكلام فى القدرة على التسليم وتحقيق المقام أن المراد من القدرة على التسليم هى القدرة الفعلية سواء كان القادر على ذلك هو البايع أو المشترى غاية الأمر اذا لم يكن القدرة الا من المشترى فيكون له الخيار بل جازت له مطالبة الأجرة و مع عدم القدرة الفعلية كان داخلا فى محل البحث انه صحيح أو فاسد، نعم لو كان البايع أو المشترى قادرا على التسليم أو التسلّم ثم صار عاجزا فهو خارج عن محل الكلام ، بل يثبت للمشترى خيار تعذّر تسليم المبيع.

ثم انه استدل على البطلان مع العجز عن التسليم بوجوه :ـ

الاول : قوله(ع) نهى النبى (ص) عن بيع الغرر فتارة يراد منه معنى الخديعة فيكون النهى متمحضّا للنهى التكليفى فلايكون موجبا للفساد و قد ذكر ذلك جملة من أهل اللغة.

وأخرى يراد من الغرر معنى الخطر فيكون النهى ناظرا الى الحكم الوضعى ،وقد ذكر ذلك ايضا جملة من أهل اللغة فحيث لا قرينة على اراد المعنى الثانى فلايمكن الاستدلال بالنبوى على بطلان البيع الغررى و اعتبار القدرة على التسليم فى المعاملة وان كان صحيحا من حيث السند فان احتمال ارادة الخديعة يوجب منع ظهور النبوى فى الخطر.

نعم استدل المشهور من الخاصة والعامة به على الفساد و دعوى

العلم الاجمالي بكون أحد المعنيين مرادا من النبوي لا يوجب الفساد من جهة تنجيز العلم اذ لا وجه لكونه موجبا للتنجيز فان الخديعة محرمة جزما من الخارج مع قطع النظر عن ارادة الخديعة من النبوي نظير الغش و التدليس كما تقدم في المكاسب المحرمة .

ثم انه بناء على ارادة الخطر من الغرر كما استدل المشهور من الفريقين فلا يفرق فيه بينما كان الجهل متعلقا بالحصول أم بالصفات من حيث الكيفية أم من حيث الكمّيّة فان الجهل بكل منها يوجب الخطر فيكون البيع فاسدا .

وأما الجهل بأصل الوجود فهو خارج عن المقام وانما هو من صغريات بيع ما لا يملك ودعوى اختصاص الغرر بصورة الجهل بالصفات لا وجه لها فان الجهل بالحصول أعظم غررا من الجهل بالصفات، بل من هذا ما ذكره المشهور من الأمثلة من بيع السمك في الماء والطير في الهواء فكأن صورة الجهل بالحصول مما تسالم عليه الكل بكونه موجبا للغرر كما لا وجه لدعوى اختصاصه بالجهل بالصفات لكونه معنى شرعيّا للغرر وذلك لعدم ثبوت الحقيقة الشرعية في ذلك .

ثم ذكر المصنف وكيف كان فلا اشكال في صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوي المذكور الاّ أنه أخص من المدعى لان ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة ونحوه ليس في بيعه خطر لان الخطر انما يطلقه في مقام يحتمل السلامة ولو ضعيفا لكن هذا الفرد يكفي من الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة وكون أكل الثمن في مقابله أكلا للمال بالباطل .

وفيه أنه تقدم غير مرة أنه لا دليل على بطلان البيع السفهي و انما

الدليل على بطلان بيع السفيه وأنه تقدم مرارا ايضا أن آية حرمةأكل المال بالباطل ناظرة الى الأسباب واجنبيّة عن شرائط العوضين ٠

وأما أصل المطلب أن النبوىّ وان لم يكن شاملا للمقام الاّ أن الخطر بمعنى الهلاكة فاذا كان احتمال الهلكة موجبة للفساد وفى صورة العلم بالهلاكة أولى بالفساد ٠

ومن جملة مايستدل به على اعتبار هذا الشرط النبوى المستفيض لا تبع ما ليس عندك وذكر المصنف أن كونه عنده لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب والسلف اجماعا فهى كناية لا عن مجرّد الملك لأن المناسب حينئذ لفظة اللام ولا عن مجرّد السلطنة عليه والقدرة على تسليمه لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصة والعامة على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثم شرائها من مالكها خصوصا اذا كان وكيلا عنه فى بيعه و لو من نفسه فان السلطنة و القدرة على التسليم حاصلة هنا مع أنه مورد السلطنة التامة الفعلية التى تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده وان كان غائبا وبالجملة فمراده أنه لا بد من ارادة المعنى الجامع الأعم من الملك والحضور ٠

أقول : أما قوله لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب والسلف فالظاهر أن ذكر السلف من سهو القلم فانه بأى معنى يفسّر النبوى فالسلف خارج عنه لعدم كونه ملكا وكونه غائبا ايضا ٠

وأما ارادة الحضور من لفظ عندك فواضح البطلان لما ذكره المصنف من صحة بيع الغائب وأما ارادة الجامع الشامل لعدم الملك وعدم القدرة على التسليم فايضا فاسد لعدم القرنية عليه بل الظاهر من النبوى ارادة الملك ودعوى ان المناسب ذكر اللام حينئذ لا توجب عدم ارادة الملك ، فان من

المتعارف حتى الآن بل فى سائر الالسنة استعمال كلمة عند فى الملكية و يقال أنه ليس عندى أى لا املكه فلايمكن الاستدلال بالنبوى على اعتبار هذا الشرط.

وأما ماذكره من قوله مع أنه مورد الرواية عند الفقهاء بل هو مورد الرواية فانه (ره) ذكر فى البيع الفضولى أن العلامة (ره) روى أن الحكيم ابن حزام الدلال سأل عن بيع العين الشخصية مع عدم كونها عنده فقال (عليه السلام) لا تبع ماليس عندك.

ومن هنا ظهر مافى كلام المصنف من قوله، وأما الايراد عليه بدعوى أن المراد به الاشارة الى ما هو المتعارف فى تلك الأزمنة من بيع الشيء الغير المملوك ثم تحصيله بشرائه ونحوه ودفعه الى المشترى فمدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد وليس فى الاخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر مايشهد باختصاصه بهذا المورد.

ووجه البطلان ماعرفت من رواية العلامة فان السائل عنها انما سئل عن خصوص البيع الشخصى الذى ليس عنده ثم يشتريه من الغير فيعطيه اياه.

وبالجملة أن الظاهر من قولهم (ع) لا تبع ما ليس عندك هو نفي الملكيّة لا نفي الحضور ولا نفى القدرة على التسليم والاستدلال عليه ولا الجامع بين المجموع ثم ذكر المصنف نعم يمكن ان يقال أن غاية ما يدل عليه هذا النبوى، بل النبوى الاول ايضا فساد البيع بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الأثر المقصود فلا ينافى وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر وتحقق كونه عنده، ولو أبيت الا عن ظهور النبويين فى الفساد بمعنى لغوية العقد رأسا، المنافية لوقوعه مراعى دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر وبين اخراج

بيع الرهن وبيع ما يملكه بعد البيع وبيع العبد الجانى عمدا وبيع المحجور لرق او سفه أو فلس فانّ البايع فى هذه الموارد عاجز شرعا من التسليم و لا رجحان لهذه التخصيصات فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى بالتمكن منه فى زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به ·

وبالجملة فمراده أنه لو التزمنا بدلالة النبويين على فساد البيع من الاول لزم من ذلك التخصيص الاكثر لخروج جملة من الموارد عن تحتهما وكونها صحيحة بالاجازة فهما يدّلان على الفساد اذا لم يرتفع الغرر و لم يكن مالكا الى الأبد لا مطلقا ·

وفيه أولا أن ظهور قوله نهى النبى عن بيع الغرر هو فساد البيع من الاول من غير أن يكون مرعى بانتفاء الغرر ويكون صحيحا بعده ولا يقاس ذلك ببيع الفضولى وبيع الراهن كما تقدم ·

و ثانيا أنه لا يلزم التخصيص الاكثر بخروج ثلاثة موارد من تحت الرواية وانما يلزم ذلك اذا كان الخارج بالنسبة الى الباقى كثيرا ،مثلا لو قال المولى أكرم العلماء ،ثم قال لا تكرم زيدا ، و لا تكرم عمروا ،و لا تكرم بكرا ،فلا يلزم من ذلك تخصيص الاكثر ،وانما يلزم ذلك اذا لم يبق تحت العام الا مصداق أو مصداقين ·

وثالثا :أن الموارد التى ذكرها المصنف ليست تخصيصا لنهى النبى عن بيع الغرر بل كلها اجنبى عن النبوى وذلك فان بناء الاستدلال على كون الغرر فيه بمعنى الخطر والمهلكة ومن الواضح أنه لا خطر فى شىء من المذكورات فان المشترى اما يرضى بذلك أو لا يرضى لعلمه بالحال و مع ذلك أىّ خطر فى ذلك ومع عدم العلم بالحال يثبت له الخيار كمالا يخفى

وأما ماذكره من لزوم خروج بيع ما يملكه بعد البيع فهو خارج عما نحن فيه بالكليّة وانما هو بيع باطل لكونه بيعا لما لا يملك فيشمله قوله(ع) لا تبع ما ليس عندك على أن بيع الرهن ليس الاّ كسائر البيوع الفضولية غاية الامر هذا فضولى من المالك الراهن فلاوجه لاخراج خصوص بيع الراهن فقط دون بقية البيوع الفضولية ·

وأما النبوى الثانى ففيه أولا أن ظهوره هو أن كون المبيع عند البائع من الاول وأنه شرط لصحة البيع من الاول فلايرتفع الفساد بطروّ العندية ، بل هو باق على فساد الى الابد·

وثانيا : أنه لا يلزم من خروج ثلاثة موارد منه تخصيص للاكثر أصلا ·

وثالثا :ليس أكثرها تخصيصا للنبوى فضلا عن أن يكون اكثروذلك أما بيع العبد الجانى عمدا فلأن ما يتوهم من المانع عن صحة البيع هو تعلق حق الغير به بأن يسترقه أو يقتله ولكنه ليس بمانع وذلك لما تقدم فى المسألة السابقة من أنه لا يشترط فى استيفاء حق الجناية بقاء الجانى فى ملك من كان مالكا له حين الجناية فلامانع من بيعه ومجرد تعلق حق المجنى عليه أو ورثته به لا يوجب عدم نفوذ بيع مولاه لعدم كون البيع مانعا عن استيفاء الحق غاية الأمر يثبت الخيار للمشترى مع الجهل بالحال ،فان كونه جانيا عيب فى العبد وبالجملة بعد مااعترف المصنف (ره) فى المسألة السابقة بصحة بيع العبد الجانى غاية الأمر يثبت الخيار للمشترى مع الجهل بالحال والاّ فلايشمله قوله(ص) نهى النبى (ص) عن بيع الغررى حتى يكون خروجه تخصيصا ·

وأما بيع المحجور لسفه او رّق أو فلس فان رضى من له البيع على ذلك كالولى والغرماء صح البيع فليس فيه غرر وان لم يرض به فيكون باطلا

من الاول لا من جهة الغرر بل من جهة عدم نفوذ بيعهم بدون اجازة الولي والغرماء ·

وأما الرهن فان قلنا بأن اشتراط القدرة على التسليم لا يشمل التعذر الشرعي وانما يختص بالتعذر الخارجي فلا اشكال فى صحة بيع الراهن لكون المنع هنا شرعيا وهذا هو الظاهر فان العجز الشرعي و ان كان العجز الخارجي الاّ أن محط نظر الاساطين فى هذا الشرط هو عدم القدرة خارجا ولذا يمثّلون لما لا يقدر على تسلمه ببيع السمك فى الماء و الطير في الهواء ،وان قلنا بشمول التعذر الشرعى فيكون بيع الراهن داخلا تحت النبوى لكونه من مصاديق بيع ما ليس عنده شرعا فيكون القول بالصحة فيه كما هو المشهور تخصيصا وعلى هذا فيكون الخارج عنه مصداق واحد على فرض واحد ·

وبالجملة فظهور النبوى فى فساد البيع من الاول ومع القول بالتخصيص فليس تخصيصا للاكثر على أنه لا تخصيص الاّ فى فرد واحد ومما استدل به على اعتبار هذا الشرط فى البيع من أن لازم العقد وجوب تسليم لكل من المتباعين العوضين الى صاحبه لكن التسليم ليس بممكن فلا يصح العقد فمقتضى القياس الاستثنائى هو فساد العقد مع تعذّر التسليم و أجاب عنه المصنف بأنه ان أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا منعنا الملازمة وان أريد مطلق وجوبه فلا ينافى كونه مشروطا بالتمكنّ كما لو تجدد العجز بعد العقد ·

وفى كلام المصنف مسامحة واضحة فان قوله وجوبا مطلقا لا يستقيم اذ لا معنى للوجوب المطلق سواء تمكن أم لم يتمكن بل التكاليف كلها مشروطة بالقدرة والتمكن والاولى أن يقال انه ان أريد أن لازم العقد وجوب التسليم

وجوبا فعليّا منعنا الملازمة وان اريد مطلق وجوبه فلاينافى كونه مشروطا .

ثم قال المصنف وقد يعترض باصالة عدم تقيد الوجوب ثم يدفع بمعارضته باصالة عدم تقيد البيع بهذا الشرط وفى الاعتراض و المعارضة نظر واضح .

أقول : لا ربط لهذا الكلام أصلا اذ عرفت أنه لا معنى لاصالة عدم تقيد الوجوب بعد مااستحال اطلاقه ضرورة تقيد كل وجوب بحال التمكن ومع قبول اطلاقه فالاصل يقتضى هنا التقيد فانه مع الشك فى الوجوب بدون حصول القيد يتمسك بالبراءة وايضا مع الغض عن جميع ذلك لا وجه لمعارضة ذلك باصالة عدم تقيد البيع لما عرفت فى محله أن مقتضى الاصل فى العقود هو الفساد وكلما يشك فى اعتبار قيد فلابدّ من اعتباره فتكون النتيجة هو التقيد .

ومن الوجوه التى استدل بها على اعتبار هذا الشرط هو أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير اليه ولا يتم الا بالتسليم .

وفيه ماذكره المصنف (ره) من منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم لجواز الانتفاع فى العبد مثلا بمثل العتق على أنه يجوز الانتفاع به بعد التسليم وفى وقت حصوله .

ومن الوجوه أن بذل الثمن على غير المقدور سفه فيكون ممنوعا و أكله أكلا للمال بالباطل وأجاب عنه المصنف بأن بذل المال القليل فى مقابل المال الكثير المحتمل الحصول لا يكون سفها .

على أنا ذكرنا كرارا أنه لا دليل على بطلان البيع السفهى و أنما الدليل على بطلان بيع السفيه ففى البيع السفهى نتمسك بالعمومات ونحكم بصحته .

وتحصل أن ماذكره المصنف من الوجوه على اعتبار القدرة على التسليم لم يتم شيء منها فلاوجه للحكم بالفساد بل نحكم بالصحة غاية الامر يثبت الخيار للمشترى ٠

و ذكر شيخنا الاستاذ أن الوجه فى اعتبار القدرة على التسليم أن ما تعذر تسليمه ليس بمال فيكون البيع باطلا لذلك لان العقلاء لا يرتبون عليه أثرا ولذا مثل الاساطين لفقد هذا الشرط ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء مع عدم اعتبار رجوعهما الى الحالة التى يمكن اقباضهما ثم أورد على نفسه بأنه لا يقال لوكان فى هذا النحو من المال قصور فى جهة المالية لزم جريان قاعدة التلف قبل البيع فيه لو فرض كونه حال العقد مثل سائر الاموال ، ثم قبل التسليم صار كذلك ثم أجاب بانه وان كان هذا المال فى عالم الاعتبار قاصرا عمّا عليه سائر الاموال الاّ أنه ليس كالعدم بحيث يعد تالفا وقاعدة كون التلف قبل القبض من مال بايعه تختص بما اذا تلف حقيقة ولا تشمل بما اذا نقصت ماليته ولذا لو باع الجمد فى الصيف أو الماء فى المفازة ولم يسلّمه الاّ فى مكان نقصت قيمته وضعفت اعتباريته العقلائية لا يلتزمون بانفساخ المعاملة لقاعدة التلف قبل القبض ٠

وتحقيق المقام أن يقال أن المال الذى يتعذّر تسليمه على أقسام :

الاول : أن يكون مع تعذّره مما يمكن للمشترى الانتفاع به ، كالعبد الآبق والجارية الآبقة فانه وان كان تعذّر تسليمهما لاجل الاباق و لكن يمكن الانتفاع بهما بالعتق ، وعلى هذا فلا يوجب التعذر تسليم خروج المال المتعذر عن المالية وان كان تنقص قيمته لاجل التعذر تسليم فماذكره من كون التعذّر موجبا لزوال المالية لا يتم هنا لامكان انتفاع المشترى بذلك و على هذا فيصح البيع هنا بمقتضى القاعدة حتى بناء على اعتبار المالية فى البيع ٠

الثانى :أن لا يمكن الانتفاع به لاحد لا المتباعين ولا غيرهما بحيث يوجب التعذر لحوقه بالتالف وبالمعدوم فهذا مما لا شبهة فى عدم جواز بيعه حتى بناء على عدم اعتبار المالية فى المعاوضة فانه انما لا يعتبرعلى هذا المسلك كون المبيع مالا لا غير موجود فانه لم يختلف أحد فى اشتراط الوجود فيه فتكون البيع فاسدا حينئذ وهذا نظير ما اذا صاد طيراوحشيّا أو غزالا وحشيّا أوغيرهما من الحيوانات البرية الغير الأهلية ثم أبق فانه لا يرجع عادة فيكون فى حكم التلف عرفا ولذا لا يصحّ أن يقال أن لفلان حيوانا فى هذا المفازة وهكذا المال الذى وقع فى البحر كالخاتم والدرهم والدينار ونحو ذلك فان العرف يرى ذلك تالفا ولا يرون فى تلك الاموال اضافة الى مالكه بوجه لا اضافة المالية ولا اضافة الملكية ولا اضافة الحقيه و هذا القسم لا شبهة فى عدها من التالف وعلى هذا فلو باع أحد ماله ثم وقع فى البحر قبل القبض او صاد غزالا أو طيرا ثم أبق قبل القبض لا شبهة فى عدّ ذلك من التالف فتشمل عليه القاعدة المعروفة كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه فان ذلك وان لم يكن معدودا من التلف الحقيقى ولكنه يعدّ من التلف العرفى .

وبالجملة ماكان يتعذر التسليم ومع ذلك لا يمكن لاحد أن ينتفع به فيكون عرفا من التالف فلا يبقى فيه اضافة الى المالك أيّ اضافة كانت فلا يصحّ البيع مع هذا التعذر بل يبطل البيع مع طروّ مثل ذلك التعذّر .

الثالث : أن يكون التعذّر موجبا لعدم امكان الانتفاع للمتبايعين فقط دون الاشخاص الاخر كما اذا غصب الغاصب دار زيد فجلس فيها و لكن لا يتمكن زيد عن انقاذها ولا من يريد بيعها منه ولا يمكن لهما أن ينتفعا بها بوجه الاّ أن ذلك لا يوجب عدم جواز الانتفاع بأصل الدّار و

كونها ساقطة عن المالية بالكلية بحيث لم يرغب اليها أحد ولا ينتفع بها شخص والاّ لما غصبها الغاصب، بل لم تنقص قيمة هذه الدار ايضا فكيف بكونها ساقطة عن المالية ·

وعلى هذا فما ذكره شيخنا الاستاذ من كون التعذر موجبا عن الخروج عن المالية انما يتّم فى الفرض الثانى فقط لا فى غيره من الفروض فلا كلية له وفى هذا الفرض الثانى يبطل البيع حتى مع عدم اعتبار المالية أيضا لعدم وجود المبيع لا من جهة عدم المالية لما عرفت من كونه لاحقا بالتالف فلاتصل النوبة بماذكره الاستاذ وفى هذا الفرض الثانى ماذكرها لمستشكل من لزوم كونه موجبا لبطلان البيع لوطرئه ذلك العارض قبل القبض والاقباض هذا ماتقتضيه القاعدة ·

وأما بحسب الروايات فقد ورد صحيحا فى المسألة الآتية فى العبد الآبق والجارية الابقة أنهما يباعان مع الضميمة معلّلا بأنه لو لم يرجع الغبد و الامة يقع الثمن فى مقابل الضميمة فان المستفاد من عموم التعليل هوجواز البيع مع الضميمة مطلقا سواء كان الآبق هو العبد أو الأبل أوغيرهما ويصحّ البيع فى مطلق الشارد كما لا يخفى ولكن المشهور لم يعملوا بالروايات فى غير العبد الآبق و الجارية الآبقة و لم يعملوا بعموم التعليل كما هوواضح فتدل الرواية على عدم جواز بيع غير العبد الآبق من الموارد التى يتعذر فيه التسليم بطريق اولى فانه اذا لم يصحّ بيع العبد الآبق منفردا مع جواز الانتفاع به بالعتق وفيما لا ينتفع به لا يصحّ بالاولوية ·

قوله : ثم ان معاقد الاجماعات كما عرفت كون القدرة شرطا ·

أقول : قد وقع الخلاف فى أن القدرة على التسليم شرط للبيع أو العجز عنه مانع بعد الفراغ عن أصل الاشتراط وقد أكد الشرطية فى عبارة

الغنية حيث حكم بعد جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم فينتفي المشروط عند انتفاء الشرط ومع ذلك كلّه فقد استظهر صاحب الجواهر من عبارة الغنية أن العجز مانع لا أن القدرة شرط للبيع وتظهر الثمرة في مورد الشك حيث أنه لو اعتبرت القدرة شرطا لا يجري الاصل ولو اعتبر العجز مانعا فنتمسك بالاصل ثم ذكر مسألة اختلاف الأصحاب في الضال والضالة وجعله دليلا على أن القدر المتفق عليه ما اذا تحقق العجز ٠

و قد أشكل عليه المصنف أولا بأن صريح تسالم الفقهاء و معاقد اجماعهم خصوصا عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هي شرطية القدرة فلاوجه لجعل مانعا عن البيع٠

وفيه أنه لا حجية في تسالم الاصحاب واجماعاتهم خصوصا بعد عدم كون هذه التدقيقات مغروسا في أذهان السابقين من أن العجز مانع أو القدرة شرط وكذلك صاحب الغنية فان بنائهم التعبير عن اعتبار القدرة على التسليم في البيع بعبارة ومن البعيد التفاتهم على كون القدرة شرطا أو اعتبار العجز مانعا ٠

وبالجملة بعد ما لم يكن هذا الاختلاف موجودا فيهم فلاوجه لدعوى الاجماع على احد في الاختلاف على أن الظاهر من قوله(ص) نهى النبي عن بيع الغرر هو كون الغرر مانعا عن البيع فان النهي ارشاد الى المانعية أي أنّ البيع الغرري ممنوع وخارج عن تحت العمومات الدالة على الصحة واللزوم ٠

وذكر المصنف ثانيا أن العجز أمر عدميّ لأنه عدم القدرة عمّن من شأنه صنفا أو نوعا أوجنسا أن يقدر فكيف يكون مانعا من ان المانع هوالأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم كان ممنوعا لاجله ويلزم منه انتفائه

فلاوجه لجعل العجز الذى هو الأمر العدمى من قبيل المانع الذى يلزم من وجوده العدم فانه لامعنى لجعل عدم القدرة مانعا الآ لجعل عدم القدرة الذى هو وجود القدرة شرطا كما لا يخفى ٠

و فيه أن الامر العدمى لايكون مانعا اذا كان يقابل الوجود تقابل السلب والايجاب لكونه عدما محضا و غير ممتاز فضلا عن أن يكون مانعا ٠

وأما العدم الخاص الذى يقابل الوجود تقابل العدم والملكة فله حظّ من الوجود فيمكن أن يعتبر مانعا مثلا للشارع أن يعتبر العجز مانعا عن صلاة الجماعة وأن يعتبر عدم الجهل الذى يقابل العلم تقابل العدم والملكة فى صحة الجماعة بان يكون مانعا عن انعاقدها وهكذا وهكذا فما ذكره المصنف من عدم جعل الأمور العدمى مانعا فهو خلط بين العدم الخاصّ و العدم المطلق فما نحن فيه من قبيل الاول كما صرح به ٠

على أن المانع هنا غير ماجرى عليه الاصطلاح فى علم المعقول من المانع ماكان يلزم من وجوده العدم فيجعلون الأمور الوجودية مانعا عن الشيء ومؤثرة فى عدم تحققه وهذا بخلاف الاحكام الشرعية فان المانع فيها ما يعتبر الشيء مانعا عن الحكم الشرعى سواء كان أمرا وجوديا أم أمرا عدميّا من غير أن يكون مؤثرا فى عدم تحقق شيء أصلا ٠

وبالجملة ليس المانع هنا هو المانع المصطلح عليه فى علم المعقول ولا الشرط والمقتضى وسائر ما اصطلحوا عليه من اجزاء العلّة جاريا على مصطلحهم لأن باب المعقول ليس باب التأثير والتأثر الحقيقى ،بل التأثير فى مجرّد الاعتبار فشابه ذلك لذلك فاطلق عليه الفاظة فمعنى كون العجز مانعا خروج صورة العجز عن حكم أوفوا كما أن معنى كون القدرة شرطا خروج ما عدا صورة القدرة عن حكمه كما ذكره المحقق الايروانى ٠

ثم ذكر المصنف ثالثا لو سلّم صحة اطلاق المانع على العجز لا ثمرة فی أن القدرة شرط لصحة البيع أو أن العجز مانع عنه و ذلك من جهة أنه أن كانت الحالة السابقة هی القدرة وشككنا فی تحقق القدرة أوالعجز فعلا فنستصحبها وأن كانت الحالة السابقة هو العجز فأيضا نستصحب العجز سواء جعلنا القدرة شرطا أو العجز مانعا واذا شككنا فی أن المراد من العجز مايعمّ التعسّر ام خصوص التعذر أو المراد من العجز العجز المستمّر أو العجز فی الجملة فاللازم هو التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا أو العجز مانعا ، ثم ذكر ان التردد بين شرطيّة الشیء ومانعيته انما يصّح ويثمر فی الضدين مثل الفسق والعدالة لا فمانحن فيه وشبهه كالعلم والجهل .

ثم ذكر أن الاختلاف الاصحاب فی مقابل مسألة الضال والضالتفليس للشك المالك فی القدرةوالعجز ومبنيّا على كون القدرة شرطا أو العجز مانعا كما يظهر من ادلتهم على الصحة والفساد، بل بما سيجیء عند التعرض بحكمها وذكر حكم ذلك فی مسألة الأبق .

وفيه أنه لا ثمرة للنزاع المذكور اذا كان لكل من العجزفقط أوالقدرة فقط حالة سابقة وأما اذا كان لكل منهما حالة سابقة معا وكان الشك فی التقدم والتأخر أو لم يكن لهما حالة سابقة أصلا وان كان هذا فرضا غير معقول أو كان ولكن نسبی فانه حينئذ ان جعلنا القدرة شرطافيكون العقد محكوما بالفساد واقعا لأصالة عدم تحقق الشرط ومحكوما بالصحةلاصالة عدم المانع فلاوجه له لأن لا يفرّق بين الصورتين وبالجملة أن شيئا من المذكورات لا يرد على صاحب الجواهر .

نعم يرد على صاحب الجواهر أن أصالة عدم المانع لا دليل عليها و

لیس حجة أصلا الاّ اذا قلنا بقاعدة المقتضی والمانع.

فنقول ان مقتضی الصحة فی العقد موجود من الملکیة و العمومات والمانع مفقود فیؤثر المقتضی أثره فلایکون النهی عن الغرر موجبا لخروج هذا العقد عن تحت العمومات لعدم احراز المانع ولکنه ذکرنا فی الاصول أنه لا دلیل علی حجیة قاعدة المقتضی والمانع أصلا .

وبالجملة فکما أن الشرط لا بدّ وان یحرز فی صحة العقد وکذلک لا بدّ من أحراز عدم المانع لاعتباره فی صحّة العقد کالشرط فاصالة عدم المانع لیس من الأصول المسلمة حتی یحرز بها ذلك الاّ اذا کان لکل منهما حالة سابقة فان مقتضی الاستصحاب حینئذ هو الحکم بالقدرة أو العجز أو بعدم القدرة وعدم العجز فعلا بوجود هما الاحرازی وأن الشارع حکم بمقتضی الاستصحاب علی ذلك فان هذا الاصل لا محذور فی جریانه فانه یکفی فی جریان الاصل کونه ذی أثر شرعی سواء کان نفس المستصحب حکما شرعیا أو موضوعا ذی حکم أم لم یکن کما اختاره شیخنا الانصاری فی الاصول وقوّاه شیخنا الاستاذ وجعلناه موافقا للتحقیق .

نعم هذا مورده فی الوجه الثانی علی النحو الذی ذکرناه بناء علی مسلك صاحب الکفایة من اشتراط کون المستصحب فی الاستصحاب أما حکما شرعیّا أو موضوعا ذی حکم فلامطرح للاستصحاب هنا لعدم کونه القدرة أو العجز حکما شرعیّا ولا موضوعا للحکم الشرعی ، بل اما أن القدرة شرط للعقد أو أن العجز مانع عن صحة العقد .

علی أنه لا تصل النوبة الی أن القدرة شرط أو أن العجز مانع کما هو واضح ، بل بحکم ببطلان العقد للغرر المنهی عنه بیان ذلك أنه بناء علی صحة الاستدلال بالنبوی نهی النبی (ص) عن بیع الغرر فانما هو نهی عن

البيع الغرري والبيع الذي فيه خطر وهلاكة ومن الواضح جدا أنه مع الجهل بأن البايع يكون قادرا على التسليم أم لا فيكون البيع غرريا أي بيعا فيه احتمال الخطر والهلاكة فانك عرفت اعتبار الجهل في مفهوم الغرر فبمجرّد احتمال ذلك يكون البيع باطلا لشمول النهي له وخروجه عن تحت العمومات اذ ليس شرط البيع هي القدرة الواقعية أو المانع عنه هو العجز الواقعي ، بل الشرط أو المانع هو احراز القدرة أو احراز العجز كما لا يخفى.

وبالجملة لا بد في صحة العقد من احراز أنه ليس فيه خطر و هلاكة و من الواضح أن احتمال أن البايع لا يقدر على التسليم فيه من الخطر ما لا يخفى فيكون مشمولا للنهي عن الغرر فيكون فاسدا .

نعم ، اذا كانت الحالة السابقة هي القدرة على التسليم وشككنا في القدرة والعجز فعلا فنستصحب القدرة على التسليم ان كانت القدرة شرطا أو عدم العجز ان كان العجز مانعا فيه نلغى احتمال الخلاف. فكأن الشارع يقول الغي احتمال الخلاف بناء على ما ذهب اليه المصنف في الاصول و تبعه الاستاذ واخترناه من أن الشرط لجريان الاستصحاب كون المستصحب ذي أثر شرعي فلا يلزم كونه أي المستصحب ذي حكم أو حكما شرعيّا كما ذهب اليه صاحب الكفاية فانّ القدرة ليست موضوعا للحكم ولا انها بنفسها حكم و انما شرط البيع هو احراز القدرة لا لقدرة الواقعية ولذا يصحّ البيع مع احراز القدرة وان لم يكن في الواقع قادرا على التسليم .

وبالجملة فما لم يكن هنا ما يحرز به كون العقد خطريا فيحكم بفساده لاطلاق نهي النبي عن بيع الغرري بناء على تماميته والاّ فلا و مع ذلك لا تصل النوبة الى أن مقتضى القاعدة في صورة الشك في كون القدرة شرطا أو العجز مانعا مع عدم الحالة السابقة لكل منهما أي شيء كما هو واضح

ثم انه اذا شككنا فى أن القدرة على التسليم شرط للبيع أو العجز عنه مانع عنه وشككنا ايضا فى أنا قادرين على ذلك أوغير قادرين فتارة يكون الشك فى الشبهة الحكمية والمفهومية واخرى يكون الشك فى الشبهة المصداقية..

أما الاول : فكما اذا شككنا أن القدرة المعتبرة فى تسليم العوضين هى القدرة العقلية او الشرعية أو العرفية أو الأعم وانه لابد من العلم بالقدرة على التسليم أو يكفى مجرد احتمال القدرةعليه من جميعها ، ففى الحقيقة يرجع الشك الى سعة مفهوم القدرة المعتبرة هنا وضيقه فيكون من صغريات الأقل ، والاكثر ،فنأخذ القدر المتيقن ونجرى البرائة منالزائدعنه كما قرّر فى محله .

وأما اذا كانت الشبهة مصداقية بان كان الشك فى كون كل من المتباعين قادرا على التسليم أوغير قادرعليه ،فح تختلف الحال بالنسبة الى ذلك باختلاف دليل اعتبار القدرة على التسليم بيان ذلك اذا كان دليل الشرط المذكور النبوى المعروف نهى النبى (ص)عن بيع الغرر ،فح لاتوجد شبهة مصداقية فى المقام أصلا ،فان مبنى الاستدلال به انما هو أخذ الغرر بمعنى الخطر ومن الواضح جداأنالخطريتحققبمجرد الاحتمال وأن البايع أو المشترى لا يقدرعلى التسليم اذ الخطر هو الهلاك بمعنى خوف عدم وصول كل من العوضين الى الاخر لا الهلاك بمعنىالانعدام و هذا لا معنى للشبهة المصداقية أصلا ،فان كل من المتعاملين يرى نفسه بأنه بأى كيفية وحالة فانه ان كان جازما على كونه قادرا علىالتسليمفالشرط متحقق وان كان مترددا فى ذلك ومحتملا أنه يقدر فلاتحقق للشرط فان الشرط ليس هو التمكن الواقعى ، بل احراز القدرة .

وبعبارة أخرى قد عرفت أن ما هو شرط للبيع ليس الاّ احراز القدرة ولو كان العجز مانعا فانما هو احراز العجز واحتماله وأن موضوع الحكم اثباتا ونفيا هو الوصف النفساني دون الامر الواقعي التكويني و عليه فلا يعقل مورد يشك فيه أن الشرط أو المانع موجود أم لا ، بل لا بد وأن يلاحظ كل من المتبايعين ما في صقع نفسهما من الاوصاف النفسانية فان كان كل منهما جازما على القدرة على التسليم فالشرط وعدم عجزهما عن ذلك فالشرط متحقق أو المانع مرتفع وان كانا متردّين في ذلك ومحتملين عدم القدرة على التسليم ، فالشرط منتف أو المانع مفقود .

وعلى هذا فلا يفيد جريان الاستصحاب اذا كان الحالة السابقة هي القدرة بحيث يحرز به وجود القدرة وكان يلغى به احتمال عدم القدرة على التسليم كما يلغى به احتمال الخلاف في سائر الموارد بحيث كان الشارع يقول الغى احتمال الخلاف وذلك من جهة أن المستصحب عباره عن القدرة السابقة والخطر انما يتحقق بمجرد احتمال عدم القدرة على التسليم ، وخوف عدم وصول العوضين الى المتبايعين ومن الواضح جدا أن استصحاب القدرة لا يثبت وصول العوضين بيد المتبايعين ولا يلغي احتمال عدم القدرة على التسليم الذى موجود بالفعل وجدانا الا على القول بالاصل المثبت وبالملازمة العقلية فهو كما ترى .

نعم لو قامت البينة على ذلك وأن كل منهما قادرين على التسليم فيرتفع بها احتمال عدم القدرة على التسليم تعبدا لكونها من الامارات فهي كما تتكفل على اثبات المعنى المطابقي فكك تتكفل ايضا على اثبات اللوازم كما حقّق في محلّه .

ودعوى أن الوصف النفساني اعني احتمال عدم القدرة على التسليم

الذی به قوام الغرر موجود فی المتبایعین تکوینا والامارة لا یرفعه فلایفرق فیماذکر بین الامارة والاستصحاب فانها دعوی جزافیة فان الامارة وان لم ترفعها تکوینا ولکن ترفعها تشریعا وتعبّدا فهل یتوهم أحد أنه مع قیام الامارة أن موضوع البراءة هو الشك فتجری فی مقابلها فان مانحن فیهأیضا نظیر ذلك ،فان کلها ناظرة الی الاحکام الظاهریة دون الواقعیة ·

وبالجملة مع کون دلیل الشرط هو النبوی فلا نعقل موردا للشبهة المصداقیة بوجه من الوجوه کمالا یخفی ·

وأما اذا کان المدرك قوله(ص) لا تبع ما لیس عندك ،فان الکلام ح فی الشبهات المفهومیة هو الکلام الذی تقدم من ان المقام من موارد دوران الامر بین الاقل والاکثر فنأخذ المقدار المتیقن فتجری البراءة فی الزائد وأما الشبهة المصداقیة فتحقق علی هذا فان معنی کون المال عنده أولیس عنده وان کان واضحا علی مسلکنا کما تقدم من کون ظهوره عبارة عن الملکیة دون الاعم منه ومن القدرة علی التسلیم و لکن مع التنزیل عن ذلك وأخذ العند بمعنی السلطنة علی التسلیم ،وعلیه فیمکن أن یشك الانسان فی ملکه أنه عنده أو لیس عنده ،کما اذا تولّد فرسه أو غنمه أو غیرهما من الحیوانات المملوکة له فی غیر بلده ،وشكّ فی أنه هل هو قادر علی تسلیمه أولا .لاحتمال کون طریقه أی طریق ذلك البلد مسدودا وهکذا ،ففی هذه الموارد أما التمسك بالعمومات الدالة علی صحة المعاملة فلایجوز لعدم جواز التمسك بالعام فی الشبهة المصداقیة ·

بل ،نقول انه تارة یکون لهذا الفرد المشکوك حالة سابقة معلومة بأن کان قبل زمان قادرا علی التسلیم أو عاجزا عنه فبناء علی کون القدرة شرطا فیستصحب القدرة علی التسلیم ،فبناء علی کون العجز مانعا فیستصحب

عدم العجز ، ومع كون الحالة السابقة هو العجز فاما يستصحب عدم القدرة ان كانت هي شرطا أو يستصحب عدم العجز أن كان هو مانعا فلايرد على هذا ، ما تقدم من الاشكال فى جريان الأصل من كونه مثبتا فان عنوان عدم السلطنة على التسليم وايصال العوضين تحت يد كل من المتبايعين أمر مستصحب ، فيمكن اثباته بالاستصحاب كما لا يخفى ، فيحرز به أنه قادر على التسليم ، وكذا الحال لو قامت البيّنة على القدرة على التسليم .

وأما اذا لم تقم البيّنة على ذلك أو كان لكل من القدرة والعجز حالة سابقة ولكن اشتبه كل منهما على الآخر ولم يعلم السابق منهما أو لم يكن لشىء منهما حالة سابقة فهل يمكن الالتزام بصحة البيع هنا أو لا يمكن .

فنقول اما اذا كان لكل منهما حالة سابقة فاشتبها فلا شبهة فى تعارض الاصلين وتساقطهما فيحكم بالفساد لعدم جواز التمسك بالعموم لان الفرض أن المورد من الشبهات المصداقية فلايجوز التمسك بالعام فى الشبهات المصداقية .

وأما اذا لم تكن لهما حالة سابقة كما اذا تولد للبايع حيوان فلا يدرى أنه قادر على التسليم أو غير قادر عليه أو مات أبوه فأنتقل المال اليه وقد باع متاع من فلان فلايدر الوارث أنه كان قادرا على التسليم أو لم يكن أو باع نفسه شيئا ونسى أنه حين البيع كان قادرا عليه أو لم يكن ففى جميع ذلك بعد الفراغ عن تحقيق معنى القدرة على التسليم ومفهومه بحيث لا يشك فى المفهوم ولا يرجع الشك اليه بانه هل تصدق القدرة على احتمال القدرة على التسليم أو لا ، وهكذا .

فنقول انا قد ذكرنا فى الأصول الضابطة الكلية فى دوران الامر بين شرطيّة أحد الضدين ومانعية الاخر كما اذا شككنا أن العدالة شرط

للجماعة أو الفسق مانع عنها وهكذا فى الموارد الاخر وكما اذا شككنا ايضا أن العدالة شرط لوجوب اكرام العلماء أو الفسق مانع عنه مع عدم الحالة السابقة فيهما فهل الضابطة هنا هو اجراء اصالة عدم العدالة ومنع تحقق الشرط أو اجراء اصالة عدم الضد الآخر وتفرّع عدم المانع عليه ، فثمرة نزاع كون أحد الضدين شرطا أو كون الاخر مانعا هو ذلك فبناء على كون أحد هما شرطا ففى المثال بأن تكون العدالة شرطا للاكرام و الجماعة فبأصالة تحقق الشرط أو باصالة البرائة عن الواجب مع الشك فى الشرط فنحكم بعدم الوجوب وبفساد المشروط .

وأما لو كان الضد الاخر مانعا وان لم يكن لاصالة عدم المانع أساس صحيح الاّ ما ذكرناه من قاعدة المقتضى والمانع ولكن ذكرنا فى محلّه أنه يمكن نفى الضد الآخر بالعدم الازلى بناء على جريانه كما هو الحق ، ففى المثال المتقدم أن كونه عالما محرز بالوجدان فعدم كونه فاسقا زمان نحرزه بالأصل فليتم الموضوع المركب من الوجدان والأصل فيترتب عليه الحكم ولكن الأصل النافى للضدّ الآخر هو العدم المحمولى لعدم وجود الفسق دون العدم الأزلى نعم فى مثل القرشيّة ونحوها تجرى أصالة عدم الازلى .

وبالجملة قد حققنا فى محلّه أن الضابطة فى ذلك هو نفى الضد الآخر اما باصالة العدم المحمولى أو باصالة العدم الأزلى فيحكم بصحة العمل الذى قد اعتبر ذلك الضّد فيه من حيث العدم .

ولكن لا يجرى ذلك فى المقام وذلك لانا اذا شككنا فى أن البايع قادر أو عاجز يستصحب عجزه السابق مثلا وأما العدم المحمولى الذى يشكّ فى استمراره فى أول وجود المعروض كالقرشية ومخالفة الشرط للكتاب ونحو ذلك فالاستصحاب غير جار الاّ بمفاد ليس التامة ولا أثر له لكونه مثبتا

لاحراز النعتيّة ٠

وبالجملة ففي تقابل العدم والملكة الذى من صغرياته ما نحن فيه لما عرفت من كونه التقابل بين القدرة والعجز هو تقابل العدم والملكتغاية الامر ان العدم هو الذى من شأنه الوجود وليس له رايحة الوجودية أزيد من ذلك لا يجرى هذا الضابطة والنزاع المذكور، بل لا بد من الالتزام بشرطية القدرة فيكون البيع ح فاسدا وذلك لان العجز امر عدمي غير قابل لأن يكون مانعا اذا المانع هو الأمر الوجودى الذى يمنع عن تأثير المقتضى و العدم ليس له ذلك فلايمكن اجراء أصالة عدم العجز و رفع المانع بذلك الأصل ، بل العجز ليس الاّ عدما الذى هو مفاد الاصل فليس مفاد الأصل أزيد من ذلك ٠

نعم لو ترتب على هذا الامر العدمى عنوان بسيط و كان العنوان البسيط المنتزع من ذلك الأمر العدمى موضوعا للحكم لجرى هذا الاصل ايضا كالعمى اذ ليس هو صرف عدم البصر بل هو عنوان بسيط فيكون بذلك العنوان موضوعا للحكم فيمكن نفى ذلك العنوان الذى هو نحو من الوجود باصالة العدم الأزلى ٠

ولكن هذا ايضا لا يجرى فى المقام اذ لا دليل على كون العجز مانعا عن البيع الاّ قوله(ص) لا تبع ما ليس عندك كما هو المفروض و من الواضح أن عنوان ما ليس عندك ليس الاّ أمرا عدميّا غاية الأمر عدما من شأنه الوجود أى عدم ملكة فهو بنفسه مانع عن البيع لكونه مأخوذا فى لسان الدليل لا عنوان آخر بسيط منتزع عنه فاذا ليس مفاد الأصل الاّ نفى عنوان ما ليس عندك الذى هو عدم فلا يوجب ذلك رفع عنوان بسيط حتى يقال أنّ الأصل أوجب رفع الضدّ الاخر الذى كان مانعا كما لا يخفى ٠

وبالجملة فلا دليل يدل على كون العنوان البسيط المنتزع من العجز ومن عنوان ما ليس عندك موضوعا للحكم حتى باعتباره تجرى الضابطة المذكورة فى المقام فافهم ·

قوله : ثم ان العبرة فى الشرط المذكور انما هو زمان استحقاق التسليم

أقول : قد عرفت أن المدرك لاعتبار القدرة على التسليم قوله (ص) نهى النبى (ص) عن بيع الغرر بناء على كونه بمعنى الخطر و قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك ، بناء على تفسيره بمعنى عدم السلطنة على التصرف و التسليم وأنما يتوقف الاستدلال بهما على المقصود على مقدمات ثلاث :

المقدمة الاولى : أن يكون المتعاملين مالكين على المبيع و الثمن و غير المالك ليس مخاطبا بهذا الخطاب كالفضولى ونحوه فلا يشملان لغيره بل لخصوص المالك ·

المقدمة الثانية : أن يكون الغرر فعليا فان فعلية الحكم بفعلية الموضوع فالغرر الشأنى لا يكون مؤثرا فى بطلان العقد ·

المقدمة الثالثة : أن يكون مخاطبا بالتسليم ومأمورا به وفيما ليس أمر بالتسليم فلا مورد للنبويين ·

ويتفرّع على ذلك فروع مهمة :ــ

الفرع الاول : أنه لو كان المبيع تحت يد المشترى و لم يقدر البايع على أخذه منه ولا على التصرف منه ولكن يقبل الغاصب بيعه منه فيجوز أن يبيعه فلا يعتبر التسليم هنا فان اعتبار القدرة هنا ليس من باب الموضوعية بل من جهة الطريقية ووصول العوضين الى المتعاملين ومن المعلوم أن المثمن هنا تحت سلطة المشترى فاعتبار التسليم تحصيل للحاصل لكونه موجودا عنده فلا يشمل النبويان على ذلك ·

أما دليل نفي الغرر فمن جهة أنه ليس هنا خطر بوجه لوجود المبيع تحت يد المشتري فأي خطر هنا فانه لو كان انما هو من جهة الجهل بوصوله الى المشتري فالمفروض أنه حاصل عنده واعتباره ثانيا تحصيل للحاصل.

وأما النهي عن بيع ما ليس عنده فقد عرفت أن كونه دليلا لهذا الشرط من جهة كون العند بمعنى السلطنة على التصرف والتسليم ومن الواضح أنه يعتبر فيما من شأنه أن يسلّم الى المشتري.

وأما فيما لا يلزم التسليم فيه فلا مثلا لو قال المولى لعبده لا تشتر من السوق ما لا تقدر على حمله فان مناسبة الحكم والموضوع تقتضي أن ما يلزم حمله الى البيت منهي عن شرائه فلا يعم ما لا يحمل على البيت فلا يمكن أن يقال أنه لا يجوز للعبد اشتراء العقار ومال التجارة وغيرهما مما لا يلزم حملها على البيت بمجرد النهي المذكور، بل لو كان هنا عموم نتمسك به كما اذا أمره بالمعاملة والبيع والشراء قبل النهي المذكور.

ففي المقام أن مناسبة الحكم والموضوع يقتضي أن النهي عن بيع ما ليس عنده من جهة عدم القدرة على التسليم وفيما لا يعتبر فيه التسليم حتى لو لم يكن هذا النهي ايضا فلا يشمله ذلك، بل يتمسك بعمومات صحة البيع.

الفرع الثاني: ان بيع العبد الآبق ممن ينعتق عليه خارج عما نحن فيه فلا يعتبر فيه القدرة على التسليم فانه ينعتق بمجرّد البيع فلا يبقى مجال للتسليم فليس هذا البيع بغرري ليبطل ولا من قبيل بيع ما ليس عنده لما عرفت أن المراد من ذلك ما يكون التسليم معتبرا فيه ولا مجال هنا لاعتبار التسليم لانصراف النبوي عن مثل ذلك، فانه سواء كان هنا ما يدل على

اعتبار التسليم أم لم يكن فالتسليم غير معتبر هنا ٠

وربما يقال بكون بيع العبد ممن ينعتق عليه باطلا لتحقق الغرر و عدم كون البايع قادرا على التسليم المعتبر فى البيع فيكون من قبيل بيع ما ليس عنده ايضا ،فان اعتبار الشارع حرية المبيع وكونه منعتقا بمجرد البيع خارج عن ما نحن فيه ، بل لا بدّ أن نلاحظ المبيع مع قطع النظر عن حكم الشارع ومن الواضح جدا أن هذا البيع أى بيع العبد الآبق ممن ينعتق عليه مع قطع النظر عن حكم الشارع بانعتاقه بيع خطرى غررى ومن بيع ما ليس عنده فلا يصحّ ذلك ايضا ٠

وفيه أنه ليس هنا غرر بالفعل الذى هو موضوع الحكم فعلا فان هذه القضية أى قضية نهى النبى (ص) عن بيع الغرر قضيّة حقيقة منحلة الى قضايا متعدّدة أى كلما تحقق غرر فيكون البيع باطلا ففى المقام أن البيع غير غررى ففرضه بأنه لولا حكم الشارع بالانعتاق فيكون البيع غرريا أجنبى عن المقام لأنه غرر شأنى فالغرر الشأنى ليس موضوعا للحكم أما قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك ،فقد عرفت أنه لا يحتاج ذلك الى التسليم فعلا فلا وجه لملاحظته بأنه لو لم يكن حكم الشارع بالانعتاق لكان من قبيل بيع ما ليس عنده كما هو واضح ٠

وبالجملة أن كلا النبويين لا يشملان بيع العبد الآبق ممن ينعتق عليه أما النهى عن بيع الغرر فلعدم الغرر الفعلى فيكون النهى منتفيا لكونه تابعا لفعلية الموضوع بحسب القضية الحقيقية فلا غرر فعلّى فى بيع العبد نعم فالغرر شأنى مع قطع النظر عن حكم الشارع ولكنه ليس موضوعا ٠

وأما النهى عن بيع ما ليس عنده فقد عرفت عدم اعتبار التسليم هنا مع قطع النظر عن هذا النهى أيضا فان القدر على التسليم ليست لها موضوعية

فی الحکم وانما هی معتبرة من باب الطریقیة الی التسلیم ووصول المبیع الی المشتری والثمن الی البایع ومن الواضح أن هذا فیما کان للتسلیم فائدة فلیس له فائدة هنا بوجه حتی یجبر علیه ٠

ومن هنا ظهر حکم الفرع الثالث أیضا وهو ما لم یستحق التسلیم بمجرّد العقد لاشتراط تأخیره مدّة فانه أی البایع وکذا المشتری فیما اذا اشترط تأخیر الثمن لیس مخاطبا بالتسلیم قبل حلول الوقت ولیس فیه غرر بوجه و لا أنه من قبیل بیع ما لیس عنده والاّ للزم بطلان البیع الغائب لوجود الجهل فیه أو بیع من کان جاهلا باحکام البیع لان مجرد وجود الجهل من دون کونه منجرا الی الغرر لا یوجب البطلان فان الاکثر والغالب فیه تأخیر التسلیم ومع ذلک لم یستشکل أحد فی ذلک ٠

ثم ان المصنف قد رتّب علی ذلک صحّة بیع الفضولی بدعوی عدم استحقاق التسلیم فیه الا بعد اجازة المالک فلا یعتبر القدرة علی التسلیم قبلها ثم استشکل فی ذلک علی الکشف من حیث انه لازم من طرف الاصیل فیتحقق الغرر بالنسبة الیه اذا انتقل الیه ما لم یقدر علی تحصیله ٠

ثم قال : نعم هو حسن فی الفضولی من الطرفین ومثله بیع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فکه ٠

أقول : لا وجه لما ذکره من أصل ترتب الفضولی علی ما نحن فیه و لا للاشکال فیه فیما اذا قلنا بالکشف محل ٠

أما أصل الترتّب فلخروج الفضولی عن محل الکلام بالمرة لأنه فضولی محض فاجنبی عن طرف العقد، بل لیس له الاّ ایجاد المعاملة ، و بعده جمیع الخصوصیات راجعة الی المالکین أو الوکیلین أو الولّیین من حیث التسلیم والتسلّم والاجازة والرد فلا مجال لابطال البیع هنا من جهة النهی

عن الغرر ولا من جهة بيع ما ليس عنده والاّ كان من الاول أن يحكم ببطلان الفضولى من جهة كونه من قبيل بيع ما ليس عنده، والسر فى ذلك هو أنه ليس بايعا حقيقيّا ولا مشتريا حقيقيّا حتى يخاطب بخطاب النهى عن بيع ما ليس عنده لما ذكرنا من جملة شرائط التمسك به أن يكون مالكا للمبيع فالفضولى ليس بمالك للعوضين فلايكون داخلا لما نحن فيه بوجه ·

و أما الاشكال فقد عرفت خروج الفضولى عن محل الكلام و أما بالنسبة الى الأصيل فان اجازة الاخر الذى كان البيع فضوليّا من قبله فلاشبهة فى صحّة البيع و عدم كونه غرريا ومن قبيل بيع ما ليس عنده و ان لم يجز الآخر البيع فيكون فاسدا فلا محلّ أيضا للتمسك بالنبويين فان بطلانه مستند الى عدم الاجازة لا الى غررية البيع وكونه من بيع ما ليس عنده ·

وأما ماذكره بقوله و مثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه ·

ففيه أنه قد ذكرنا سابقا أنه ان عممّنا العجز الى العجز الشرعى فيكون ذلك خارجا عن بيع الغررى عن تحت النبويين بالتخصيص بأنه أى الراهن مالك للعين ومخاطب بالتسليم و الغرر فعلّى و مع ذلك عاجز عن التسليم فمقتضى القاعدة هو بطلان البيع ولكن خرجنا عنها بالدليل الخاص وهو وان لم يكن موجودا بعنوان خاص ولكن استفدنا بطلانه من الأخبار الواردة فى نكاح العبد معلّلا بأنه لم يعص الله وانما عصى سيّده بدعوى عدم الخصوصية لبيع العبد، بل الغرض أن عصيان الغير فى حقه اذا لم يستلزم عصيان الخالق لا يوجب البطلان ·

وأما اذا لم نعمّم العجز الى العجز الشرعى فلاشبهة فى صحة بيع الراهن لعدم كونه خطريّا ليشمله قوله (ص) نهى النبى عن بيع الغرر غاية الأمر يكون للمشترى خيار الفسخ ولا أنه من قبيل بيع ما ليس عنده ليشمله

النبوي الاخر نهى النبيّ (ص) عن بيع ما ليس عنده لكونه في الخارج قادرا على التسليم.

وبالجملة فعلى كل تقدير سواء كان بيع الراهن مشمولا للنبويين أو غير مشمول فلا مجال للاشكال به على ما نحن فيه و اخراجه عن المقام كالفضولي، ثم انه ظهر مما ذكرناه حكم عقد الرهن.

فانه بعد حصول التسليم لا موضوع لوجوبه وقبله لا عقد فان الاقباض و التسلّم في هذا العقد من الشرائط فبتحققها لا غرر ولا بيع ما ليس عنده و بعدم تحققها تفسد المعاملة فلا موضوع للغرر.

انتهى كلامنا الى كون التسليم شرطا و مقومّا للبيع فنقول ذكر المصنف أن القبض والتسليم في بيع الصرف والسلم من شروط تأثير العقد لا من أحكامه فلا يلزم الغرر ولو تعذر الشرط بعد العقد رجع ذلك الى تعذر الشرط فلا يلزم منه البطلان حتى مع العلم بالتعذر اذ لا يلزم احراز الشروط المتأخرة والعلم بتحققها.

والوجه في ذلك ما أفاده من أن القبض هنا مثل الاجازة في العقد الفضولي على النقل من حيث عدم تمام النقل الاّ بالاجازة فكك لا يتم العقد هنا الاّ بالقبض أو من النقل بناء على الكشف فان الاجازة اذا كانت جزء الناقل في العقد الفضولي مع حصول النقل من حين العقد فالقبض أولى بان يكون جزء للناقل اذ لم يقل أحد بكون القبض كاشفا في بيع الصرف و الّسلم.

وبالجملة فالاعتبار على القدرة على التسليم بعد تمامية العقد لا فيما لم يتم، ولهذا لم يعتبرها أحد في الموجب قبل لحوق القبول به ولا يقدح كونه عاجزا قبل القبول اذا علم بتجدد القدرة بعده وفي المقام أيضا اذا

حصل المبيع فى يد المشترى صح البيع بلاشبهة ثم قال وكك الكلام فى عقد الرهن فان اشتراط القدرة على التسليم فيه بنا على اشتراط القبض انما هو من حيث اشتراط القبض فلايجب احرازه حين الرهن ولا العلم بتحققه بعده فلو رهن فيتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله فى يد المرتهن اثر العقد اثره ·

و اشكل عليه شيخنا الاستاذ بماحاصل كلامه بأنه لا فرق بين عقد الصرف والسلم و الرهن وسائر العقود لأن القبض وان كان شرطا فى هذه العقود الثلاثة دون غيرها الاّ أنه ليس جزء للسبب الناقل وليس حكمه حكم القبول كما ذكره المصنف وانما هو شرط للملكيّة فى باب الصرف والسلم و أما الالزام والالتزام العقدى فقد تحقق بنفس العقد ولذا اختار المشهور وجوب التقابض كما سيأتى فى خيار المجلس ·

ثم ذكر فى صدر كلامه بمحاصله من أنه لا وجه لقياس الصرف و السلم وعقد الرهن و غيرها مما يشترط فيه تأخير التسليم بالعقد الفضولى فان اشتراط تأخير الثمن مدة معيّنة بحيث لا يجب التسليم مدة مع تمامية أركان العقد من جهة الاشتراط فيدخل تحت ضابط الخيارات الزمانية و هذا بخلاف العقد الفضولى فانّ التسليم لا يجب لا للفضولى ولا لغيره ، أما للفضولى لعدم ارتباط العقد به كما ذكرناه من أن شرط وجوب التسليم انما كونه مالكا فالفضولى غير مخاطب بالتسليم وأما المالك لعدم استناد العقد اليه قبل الاجازة فلاوجه لقياس الاجازة بالقبض ونحوه ومحصّل كلامه يرجع الى المطلبين ·

أحدهما : انكار قياس الاجازة فى الفضولى بمسألة القبض اذ القبض فى العقود الثلاثة من الشرائط والاجازة من الاسباب المقومة قبل تمامية أركان العقد ، والثانى وجوب التقابض ، ثم ذكر نعم لوكان القبض جزء للعقد

كما هو المحتمل فى عقد الرهن فالعجز عن التسليم لا أثر له ، لانه بعد حصول التسليم لا اثر له و قبله لاعقد ٠

أقول : أما ما افاده من عدم صحة قياس الاجازة بالقبض فمتين جدا لما عرفت من أن القدرة على التسليم ليست معتبرة فى العقد الفضولى أما بالنسبة الى الفضولى فلكونه اجنبيا عن العقد وأما بالنسبة الى الأصيل فلعدم تحقق العقد وتماميته الاّ بعد الاجازة لكونها جزء مقوّما للعقد و الفرض ان الاجازة لم تتحقق بعد العقد وهذا بخلاف ما يعتبرفيه القبض فان العقد أى الالزام والالتزام قد تم من المتعاقدين ،وانما القبض من شرائط الملكيّة فى الصرف والسلم فهذا كله لا شبهة فيه ٠

وأما ماافاده من كون القبض واجبا فى بيع الصرف والسلم فلا يمكن المساعدة عليه فما أفاده المصنف بحسب المدعى صحيح ولكن ما أفاده من دليله من قياس القبض بالاجازة ليس بصحيح ،كماعرفت، بل الوجه فيعدم وجوب التسليم والقبض فى الصرف و السلم هو أن دليل وجوب القبض أما الملكية الحاصلة بالعقد كما يقوله الأكثر أو الأمر بوجوب الوفاء بالعقد٠

أما الاول فهى مشروطة بالقبض والاقباض فما لم يحصل التقابض لم يحصل الملكية فضلا عن أن يجب الاقباض لكونه ملكا للغير فلايكون محكوما بوجوب الدفع مالم يتم شرط الملكّية كما لا يخفى ٠

وأما وجوب الوفاء بالعقد ففيه أولا :أنه يجب الوفاء بالعقد فى غير العقود الفاسدة ،أى العقود التى حصلت شرائط الصحة وأمضاه الشارع وأما فيما كانت فاسدة فلا وجه للتمسك به فبيع الصرف و السلممع قطع النظر عن القبض ليس بصحيح فكيف يجوز التمسك بأوفوا بالعقود٠

وأما ثانيا : ان دليل الوفاء انما بوجوب لزوم العقد لكونه ارشادا

الی أنه لا ینحل وأما وجوب التسلیم فهو من الأحکام المترتبة علیه ، بعد تحقق العقد فلا یمکن اثباته بأوفوا بالعقود کما لا یخفی ،وهذا واضح جدا

والعجب من شیخنا الاستاذ حیث استدل علی وجوب القبض بقوله (علیه السلام) اذا نزی الحائط فانز معه و ذلك فانه ناظر الی أن بقاء البیع مشروط بعدم التفرق وبتحقق القبض والاقباض فلادلالة فیها علی الوجوب وایجاد موضوع وجوب الوفاء بالعقد وایجاد موضوع الملکیة کما لا یخفی ، بحیث أنه اذا اراد البایع ان یمشی یجب للمشتری ایضا ذلك مثلا اذا کان احد الطرف فی معاملة الصرف و السلم المجتهد فنزی البایع الحائط فلابد أن ینز آیة الله علی الحائط ٠

وبالجملة أن العقود الثلاثة الصرف و السلم و الرهن ،فالقبض فیها من الشرائط فان تحقق تم العقد فلا غرر بوجه لعدم کون **المعاملة** بعد القبض و الاقباض خطریة ولا من بیع ما لیس عنده ،وان لم یحصل القبض و الاقباض فأیضا لیس هنا غرر وبیع ما لیس عنده لفساد المعاملة بعدم تحقق القبض ٠

قوله : ثم ان الخلاف فی أصل المسألة لم یظهر الاّ من الفاضل القطیفی ٠

أقول : هو المعاصر للمحقق الثانی ،وقد حکی عنه أنه قال فی أیضاح النافع أن القدرة علی التسلیم من مصالح المشتری فقط ،لا أنها شرط فی أصل صحة البیع فلو قدر علی التسلیم صحّ البیع و ان لم یکن البایع قادرا علیه ،بل لو رضی بالابتیاع مع علمه بعدم تمکن البایع من التسلیم جاز و ینتقل الیه و لا یرجع علی البایع لعدم القدرة ،نعم اذا لم یکن المبیع من شأنه ان یقبض عرفا لم یصح المعاوضة علیه بالبیع لانه فی معنی أکل المال بالباطل ٠

أقول: هذا الفاضل وان أجاد فى أصل المسألة لماذكرنا من عدم الدليل على اعتبار القدرة على التسليم فى البيع، ولكن لا يمكن المساعدة عليه فى الكبرى الكلية التى أفادها من أنّ المشترى لو رضى بالابتياع مع علمه بعدم تمكن البايع من التسليم جاز ذلك ،لأن هذه الكبرى منقوضة ببيع العبد الآبق مع الضميمة حيث ورد النص بعدم صحة بيعه بدون الضميمة حتى مع رضاية المشترى، بل يحكم ببطلانه كما لا يخفى.

قوله: ثم ان الظاهر كما اعترف به بعض الاساطين أن القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط الاّ بالتبع.

أقول: قدعرفت فيما تقدم أن القدرة بما هى لست لها موضوعية ،بل الغرض من اشتراطها فى البيع بناء على وصول العوضين الى المتبايعين وعلى هذا فلو قدر المشترى على التسليم دون البايع كفى فى الصحة كما هو المشهور مثلا لو وقع عباء أحد فى الكوفة على الشط فهو لا يقدر على السباحة وباعه من شخص يقدر عليها بانه ح صحّ البيع لحصول الغرض فلا يضرّ عدم قدرة البايع على السباحة وكك لو لم يقدر كل من المتبايعين على التسليم و التسلّم ولكن يوثق بحصوله فى يد المشترى للاطمينان عليه ، كالطيور التى تذهب صباحا وترجع مساء فان العادة قاضية برجوعها و أن لم يقدر المتبايعين على الأخذ بدون الرجوع.

وعن نهاية الاحكام احتمال العدم بسبب انتفاء القدرة فى الحال على التسليم فان عود الطائر غير موثوق به لعدم العقل له ليبعثه على الرجوع.

وفيه أولا: أنه لو كان له عقل لما رجع الى الحبس اصلا فعدم العقل باعثه الى الرجوع.

و ثانيا : أنه لا وجه لبطلان بيعه حتى مع اعتبار القدرة على التسليم فان دليل الاشتراط انما هو نهى النبى عن بيع الغرر وقوله (ص) لا تبع ما ليس عندك فكلا الوجهين لا يشملان المورد أما النهى عن بيع الغرر فلانه لا خطر فى المقام ، فانه انما يتحقق مع عدم بذل العوض أو المعوض بحيث يذهب مال أحدهما هدرا وليس كك هنا فانه يطمئن بالرجوع فان رجع فيأخذ المثمن و ان لم يرجع فيأخذ الثمن ، فسد البيع فأى خطر يتوجه على المعاملة ·

وأما قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك ، أى لا تقدر على التسلط منه بناء على كون العند بمعنى الجامع دون الملكية فلعدم صدقه هنا أيضا فانه مع الاطمئنان بالرجوع لا يصدق أنه من موارد بيع ما ليس عنده و الاّ لما صحّ بيع الغائب أصلا ·

ثم لو تعذر التسليم و التسلّم الاّ بعد مدة فان كانت هذه المدة مما يتسامح فيها كساعة أو ساعتين أو يوم أو يومين فلا اشكال فى الصحة كما اذا باع جوهرا وكان فى صندوق مقفّل وكان المفتاح عند شخص لا يحضر الاّ بعد ساعة أو يوم ونحوهما ، فان هذه المدة مما يتسامح عرفا فلا يصدق على هذه المعاملة انها غررية لعدم الخطر هنا بوجه بحيث يذهب مال المشترى هدرا و صار معدوما ، بل يحصل له بعد مدة قليلة ، و الفرض أنهما عالمان بخصوصيات العوضين لئلا يكون جهل من جهة أخرى ·

و كك ليس هذا من قبيل بيع ما لا يتسلّط على تسليمه لأن الفرض أنه قادر عليه كما لا يخفى والنبوى ينصرف عن مثل ذلك ·

ولو تعذر التسليم بناء على كونه شرط فى البيع الاّ بعد مدة لا يتسامح فيها كسنة أو أزيد فهى على قسمين ، الاول : أن يكون المدة

مضبوطة ومقدّرة والثانى أن لا تكون مضبوطة ٠

أما الاول : فتارة يكون المتبايعان عالمين بالحال وأخرى يكونان جاهلين بالحال فعلى الاول فجعل المصنف فيه وجهان ولم يبيّن ما هو الاقوى فى نظره ،ولكن الظاهر هو الصحة بناء على اعتبار القدرة على التسليم فى البيع وذلك لأن دليل الاعتبار اما دليل نفى الغرر فى البيع فهو لا يشمل المقام فانه بمعنى الخطر والخطر بمعنى احتمال الهلاك ففى صورة العلم بالواقع والتعذّر الى مدة معينة كقدوم الحاج ونحوه فلا خطر بوجه اذ هو متقوم بالجهل و الغفلة على ما ذكره المصنف و المشترى انما أقدم عليه مع العلم بالحال فأى خطر هنا وأما النهى عن بيع ما ليس عنده فلانه مع العلم أقدم عليه فالمقام فى قوة اشتراط تأخير التسليم لفرض علم المتبايعين بالحال ومع ذلك فلا يكون عدم القدرة على التسليم الى المدة المضبوطة مضرا فى البيع كما لا يضرّ مع اشتراط التأخير كما لا يخفى ٠

وبالجملة أن البيع هنا صحيح بلاشبهة وأما فى صورة الجهل بالمدة المذكورة فذكر المصنف صحّة البيع مع الخيار للمشترى لفوات منفعة العين فى المدة المذكورة ٠

ولكن الظاهر هو عدم الصحة وذلك فان كلا الدليلين أى النبويين شاملان للمقام أما النبوى الاول فلتحقق الغرر أى الخطر فأن عدم وصول المبيع مثلا الى المشترى فى هذه المدة وانتفاء المنافع كسنة خطر على المشترى فيكون من أوضح موارد بيع الغرر فيفسد بناء على اعتبار الشرط وكون النبوى دليلا فى المقام وأما النبوى الثانى فلان البايع غير مسلط على التسليم فى هذه المدّة فيكون هو أيضا شاملا للمورد ولا يقاس ذلك بصورة العلم فانه وان كان ايضا غير قادر على التسليم فى المدة ولكنه قلنا

بخروجه عن تحته من جهة كونه فی قوة الاشتراط أی اشتراط تأخير الثمن فلا يضرّ بالصحة وهذا بخلاف المقام .

وعلى هذا فلاوجه لما زعمه المصنف من كون المعاملةفیصورتاالجهل صحيحة مع كون المشتری على خيار فيه .

ومن هنا ظهر حكم صورة كون المدة مجهولة و غير مضبوطةوهذاكبيع العبد المنفذ الى هند لقضاء حاجة لا يعلم وقت رجوعه فلاوجه لما ذكره المصنف هنا من الاشكال كما لا وجه لما جعله من الفرق بين هذه الصور حيث استشكل فی صحّة البيع وصورة الجهل بالمدة مع كونها مضبوطة حيث حكم بالصحة مع الخيار .

قوله : ثم ان الشرط هی القدرةالمعلومة للمتبايعين لان الغرر لا يندفع بمجرّد القدرة الواقعية .

أقول : الصور المتصوّرة فی المقام اربعة علم المتبايعين بالقدرة مع وجود القدرة الواقعية ، وعلمهما بالعجز مع العجز عن التسليم فی الواقع وعلمهما بعدم القدرة مع وجود القدرة فیالواقع وعلمهما مع عدم القدرةفیالواقع .

أما الصورة الاولى : فلاشبهة فی الصحة لوجود القدرة على التسليم فی الواقع وعلمهما فلا غرر ولا أنه من بيع ما ليس عنده .

وأما الصورة الثانية فلاشبهة فی عدم صحتهلكونها من أوضح أفراد الغرر المنهی عن البيع ومن قبيل بيع ما ليس عنده ، وانماالكلامفیالصورتين الاخيرتين .

أما الثالثة فهی ماكان المتبايعان عالمين بعدم القدرة ولكن كان فی الواقع عاجزين عن التسليم أو احدهماعاجزا عنه وعلى ان دليلالاعتبار هو دليل نفی الغرر فلاشبهة فی فساد المعاملة اذ الغرر هو الخطر و

الخطر بمعنى احتمال الخطر فهو موجود في المتبايعين أو في أحدهما بالوجدان فهو ليس تابعا بالواقع، وقدعرفت أن المصنف قال باعتبار الجهل والغفلة في مفهوم الغرر فهو متحقق فيما نحن فيه، كما لا يخفى فتكون المعاملة خطرية فتبطل، وان كان الدليل هو النهي عن بيع ما ليس عنده فلايحكم بفساد المعاملة لعدم شموله لما نحن فيه، فانه ليس من بيع ما ليس عنده، بل هو مسلّط على التسليم وقادر عليه غاية الامر غير ملتفت بذلك.

وأما اذا كانا في الظاهر عالمين بالقدرة وكانا في الواقع غير قادرين أو أحدهما قادر والاخر غير قادر، فالظاهر فساد المعاملة على كلا الدليلين فانه ان كان الدليل هو نفي الغرر فلاشبهة في كون المعاملة غررية وذلك فان المتبايعين وان كانا عالمين بالقدرة على التسليم وكان مقتضى ذلك الحكم بعدم الغرر لما عرفت من اعتبار الجهل في مفهوم الغرر ولكن عرفت سابقا أن احتمال الخطر والهلاكة ليس موضوعا للحكم بحيث يكون فساد المعاملة وعدمها دائرا مدار احتمال الخطر وعدم احتماله، بل اخذه في لسان الدليل من باب كفاية الشارع بادنى مرتبة الغرر لا أنه أي الاحتمال تمام الموضوع في المقام فلامحالة فيكون الاحتمال طريقا الى الواقع وبما انه طريقا اليه يكون موردا للحكم ومن هنا قلنا فيما تقدم أنه مع قطع بالهلاك فيثبت الغرر بالاولوية فانه اذا ثبت الغرر باحتمال الهلاك وفسدت المعاملة باحتمال الهلاك وفي صور القطع بالهلاك فاولى بالفساد مع أنه لوكان موضوع الحكم هو الاحتمال لماكان وجه لتسرية الحكم الى القطع بالهلاك لعدم أخذه في لسان الدليل وأما النبوي الثاني أعني النهي عن بيع ما ليس عنده فهو ايضا شامل للمقام فانه غير قادر على التسليم وان كان عالما به في الظاهر الاّ انه جهل مركّب فلا يفيد بوجه فتكون المعاملة فاسدة.

قوله: ولو باع ما يعتقد التمكن فتبيّن عجزه في زمان البيع.

أقول : ذكر المصنف أنه لو باع احد ما يعتقد تمكّنمن تسليمهكالساعة ونحوها وتبين عجزه فى زمان البيع ولكن تجددت قدرته بعد البيع صح وان لم يتجدد يبطل ولم يستدل على ذلك بشىء ٠

والظاهر أنه لا وجه لهذا الكلام ولا يترقب صدوره من المصنف (ره) وذلك لأنه ان كان النظر بدليل نفى الغرر حال العقد وبعدم القدرة على التسليم كك فلاشبهة فى فساد البيع فانه حين التحقق كان غرريا لفوات مقدار من المنافع عنه فى المدة التى كان عاجزا على التسليم لما عرفت من كون الاحتمال طريقا الى الواقع وكان هو أيضا فى الواقع غيرقادر فلا يجديه العلم بالقدرة حال العقد لكونه جهلا وكك أنه ليس قادراعلى التسليم بانه علمه بذلك فى الظاهر لا يوجب قدرة على التسليم مع كونه جهلا مركبا وتجدّد القدرة بعد زمان لا يوجب انقلاب العقد الفاسد الى الصحيح لان الشىء لا ينقلب عمّا هو عليه ٠

وان كان النظر الى العلم بالقدرة فى الظاهر وقلنا بكونه مجزيا فى البيع من غير توجه الى الواقع وأنه يحصل به القدرة على التسليم فلا شبهة فى صحة المعاملة وكيف كان لا نرى وجها للتفصيل فى المقام كما لا يخفى فافهم ٠

وبعبارة أخرى ان كان النظر فى هذا الفرع الى الظاهر فلا شبهة فى تحقق الشرط فيكون البيع صحيحا وان كان النظر الى الواقع فلا شبهة فى عدم تحقق الشرط فيكون العقد باطلا من غير فرق بين كون الدليل أى من النبويين كما لا يخفى

قوله : ثم لا اشكال فى اعتبار قدرة العاقد اذا كان مالكا ٠

أقول : قدعرفت بما لا مزيد عليه أن المعتبر فى البيع هو العلم

بالقدرة على التسليم وأن المانع عنه هو احتمال العجز عن التسليم و انما كان القطع بالعجز عن التسليم مانعا من باب الاولوية والفحوى لا بدلالة النبوى منطوقا لعدم الغرر فى صورة العلم بالعجز ٠

وأما الكلام فيما اذا كان البيع صادرا عن غير المالك بان كان وكيلا عنه فى ذلك فهو تارة يكون وكيلا فى اجراء العقد فقط فلا يعتبر فيه قدرته على التسليم ولا أن عجزه مانع عن البيع، بل هو وكيل فى العقد و اجراء الصيغة فقط، بل لا يعتبر علمه بخصوصيات المبيع كما لا يعتبر فى النكاح أن يعرف الزوجين وفى الطلاق لا يعتبر علمه بالخصوصيات بل يجرى الصيغة بدلا عن الموكّل بلا احتياج الى شئ اصلا وانما الشرائط كلها معتبرة فى العوضين والناكح والمنكوح والمطلّق والمطلّقة والحاصل لا عبرة بقدرة العاقد وعجزه كما لا عبرة بعلمه وجهله بشرائط طلاق زوجة موكله ٠

وبالجملة أن مجرى العقد ليس له الاّ التصدى و المباشرة باجراء صيغة العقد فقط وأما الزائد عن ذلك فلا يرجع اليه أصلا ٠

وأما الوكيل المفوّض فلا شبهة فى كفاية قدرته لعدم الغرر مع ذلك وعدم كون بيعه من بيع ما ليس عنده وأما كفاية قدرة موكّله مع عجز الوكيل فهو وجهان ،والظاهر هو كفايته وذلك من جهة أن القدرة وان كانت معتبرة فى العاقد وكان الوكيل عاجزا عنه ولكن الوكيل حيث كان بدلا تنزيليا للموكل وفى منزلته كفى قدرة الموكل فى صحة اعتبار الشرط المذكور فى العقد ومن لو عرض للوكيل شئ و صار عاجزا عن اتهاء الشرائط المعتبره فى المعاملة أو فى افعاله الاخر لكان الوكيل مسؤلا فى ذلك ويراجع اليه فى تتميم هذا الشرط ٠

نعم يعتبر فى ذلك علم المشترى بقدرة الموكل على التسليم و الاّ

فتكون المعاملة غررية لماعرفت من أن الغرر بمعنى الخطر وهو متحقق مع جهل المشتري بقدرة الموكّل على التسليم مع كونه عالما بعجز الوكيل الاّ ان يكون الدليل على الاعتبار منحصرا بنهي النبي (ص) عن بيع ما ليس عنده فانه حينئذ يحكم بصحة لعدم صدق بيع ما ليس عنده على ذلك مع قدرة الموكل على التسليم فان البيع بيع واحد له ولوكيله و ما لوكيله له ومن هنا ظهر أن ما في كلام شيخنا الاستاذ من الحكم بالصحة من غير فرق بين علم المشتري على قدرة الموكل وجهله بها في غير محلّه .

وربما يقال بتقييد الحكم بالكفاية بما اذا رضي المشتري بتسليم الموكل و رضي المالك برجوع المشتري عليه فبدونهما لا يمكن الالتزام بالصحة وأن الأمر مفوّض الى الوكيل وبعبارة أخرى أن المعتبر في المعاملة اعتبار قدرة المتبايعين على التسليم و هما الوكيل من قبل البايع و المشتري وبما ان الوكيل بدلا تنزيلي للموكل فيكفي قدرته أيضا في صحة البيع و لكن لا مطلقا ، بل اذا رضي المشتري أن يرجع الى الموكل ورضي الموكل أن يرجع المشتري اليه والاّ فلاوجه للصحة اذ للمشتري أن يقول باني ماعاملت مع المالك وانما عاملت معك ، وأنت المخاطب بالتسليم وهكذا للمالك أن يتكلم بمثل ذلك .

ثم رتب على ذلك رجحان الحكم بالبطلان في الفضولي لأن التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الاجازة لكونه أجنبيا عن العقد وانما هو فضولّي محض واسمه مطابق مع المسمّى وأما قدرة المالك فانما تؤثر لو بني العقد عليها وكان المالك راضيا برجوع المشتري اليه وكان المشتري راضيا بالرجوع الى المالك وحصل التراض منهما على العقد حال البيع لعدم كفاية قدرة الآذن في صحة بيع المأذون الاّ مع الشرط المذكور كما لا يخفى

و الفرض أنه لم يتحقق في الفضولي والبناء على القدرة الوقعية غير مفيد اذ الشرط هى القدرة المعلومة ·

و الحاصل أنه يعتبر فى صحة بيع الفضولي رضاية المشترى برجوعه الى المالك ورضاية المالك برجوع المشترى اليه ،وقدرة البايع على التسليم ، اما الشرط الاول فغير متحقق لعدم البناء على ذلك واما الشرط الثانى فكذلك أيضا اذ لعدم كون الفضولي قادرا على ذلك لخروجه عن حدود العقد وقدرة المالك لم تنفع لعدم كونها مؤثرة فى ذلك ، بل تؤثر مع البناء المذكور ·

وبعبارة أخرى ان القدرة قبل الاجازة لم توجد وبعدها ان وجدت لم تنفع،والحاصل أنه أنكر صحة الفضولي بهذا الاشكال المختصر ·

ثم أورد على نفسه بأنه يمكن الوثوق بقدرة الفضولي على التسليم بأن يحصّل رضاية المالك على ذلك لعدم ردّ المالك كلامه لصداقة بينهما و أنه لا يخرج عن رأيه فتحقق للفضولي بذلك قدرة على التسليم حال العقد·

ثم أجاب عنه بوجهين ،أولا : بأن هذا الفرض يخرج الفضولي عن كونه فضوليا لمصاحبة الاذن للبيع غاية الأمر انما يكون حصول ذلك بالفحوى و شاهد الحال فلا يتوقف صحته على الاجازة

وثانيا :بأنه لو سلمنا بقائه على الصفة و ظاهر أن القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض ·

وقال المصنف:وفيما ذكره من مبنى مسألة الفضولي ثم تفريع الفضولي ثم فى الاعتراض الذى ذكره ثم في الجواب عنه أولا و ثانيا تأمل ،بل نظر فتدبر·

اما ما ذكره من مبنى مسألة الفضولي من اعتبار رضا كل من الموكل

و المشترى فى الرجوع الى الآخر فاسد فى نفس هذه المسألة لعدم الدليل عليه وانما المانع عن صحة البيع هو الغرر و عجز البايع عن التسليم ومن الواضح أنه يكفى قدرة المالك على التسليم مع رضا المشترى بها كما عرفت لعدم الغرر ولا كونه من بيع ما ليس عنده و مع ذلك فاعتبار آمر آخر هنا وهو رضاية كل من المالك الموكل والمشترى بالرجوع الى الآخر تحرض الى الغيب وقد عرفت ان قدرة الموكل يكفى فى صحة بيع الوكيل لكونه نازلا منزلة الموكل وأن فعله فعل الموكل كما لا يخفى .

وعلى تقدير تسليم الاشكال فى بيع الوكيل فلا تسلّم كونه مبنى لبطلان بيع الفضول وتفريعه عليه وذلك لما عرفت من خروج الفضولى عن حدود البيع وانما هو فضولى محض فلاوجه لاعتبار قدرته على التسليم فى البيع و أن اعتبار قدرته عليه كاعتبار قدرة الجار على ذلك وأن حاله حال الوكيل فى اجراء الصيغة ، بل اسوء منه فهل يتوهّم أحد اعتبار قدرة مجرى العقد على التسليم فى صحة العقد والحاصل أن الفضولى خارج عن باب العجز عن التسليم تخصصّا وهو اسوء حالا من الوكيل فى اجراء الصيغة الذى لاشبهة فى أن قدرته و عجزه لا أثر له فانه لا يرتبط به العقد حتى يكون عجزه موجبا لبطلان العقد كما هو واضح والحاصل بناء على صحة المبنى فلاوجه للتفريع .

وأما الاعتراض فلو سلمنا المبنى و سلمنا أيضا تفريع بطلان الفضولى عليه ولكن الاعتراض الذى أورده على نفسه لا وجه له مع قطع النظر عما أجابه عن الاعتراض وذلك أولا ما عرفت من كون الفضولى خارجا عن العقد و أن البيع انما يكون أما لغوا محضا مع عدم الاجازة أو بيعا للمالك مع الاجازة فالمناط فى القدرة المعتبرة فى صحة العقد هو قدرة المالك المجيز لا قدرة

شخص آخر وان اعتبار قدرة الفضولي في ذلك كاعتبار قدرةالأجانب في ذلك العقد ٠

و ثانيا : أن مجرّد وثوق الفضولي بارضاء المالك لا يوجب قدرة الفضولي على التسليم المعتبر حال العقد والذي اعتبرناه في المبنى ، ثم رتب عليه التفريع هو رضا كل من الموكل و المشتري بالرجوع الى الاخر ، و ليس في البين رضاء من المشتري بتسليم المجيز ولا رضاء من المالك برجوع المشتري اليه فلا محلّ لهذا الاعتراض ٠

وعلى تقدير ورود الاعتراض فجوابه أولا بخروجه على هذا عن الفضولي غير تام لما عرفت سابقا من عدم كفاية الرضاء المقارن في خروج العقد عن الفضولية بل لا بد في الخروج من الاذن السابق أو الاجازة اللاحقة أو الوكالة ٠

وعلى تقدير الكفاية فليس هنا رضاء المقارن أيضا لعدم كون المالك راضيا بذلك بالفعل بل الفضولي يثق من نفسه بالمالك يرض بذلك و لا يخرج عن رأيه ومن الواضح أنه أمر متأخر لا فعلي كما لا يخفى ٠

و أما الجواب الثاني بأنه على تقدير التمامية لا يعم جميع افراد الفضولي وكونه أخص من المدعى فلا يرد عليه اعتراض فلاوجه لنظرالمصنف في جميع ذلك وقوله وفي جوابه أولا وثانيا ٠

و لعله نظرا في غير الجواب الثاني ومراد ثم في الجواب أولا وثانيا رجوع النظر الى الجواب أيضا وان كان بعضه تماما والله العالم ٠

الكلام فی بیع الابق

قوله : مسألة لا یجوز بیع الابق منفردا علی المشهور بین علمائنا ·

أقول : یقع الکلام فی هذه المسألة فی امور ثلاثة ، الاول : أنه ذکر المصنف فی آخر الکلام أن الغرر المنفی فی حدیث نفی الغرر کما تقدم هو ما کان غررا فی نفسه عرفا مع قطع النظر عن الاحکام الشرعیة الثابتة للبیع و لذا قوینا فیما سلف جریان نفی الغرر فی البیع المشروط تأثیره شرعا بالتسلیم وحاصل کلامه ان الغرر أمر عرفی کلما تحقق فیوجب فساد المعاملة للنهی عن بیع الغرری کما هو الحال فی سائر القضایا الحقیقیة ، و ان لم یتحقق فلا یترتب علیه الحکم ، و أما الاحکام الشرعیة فغیر منوط به ولا یقال أن هذا غرر مع لحاظ حکم الشارع فی الموضوع الفلانی أو لیس بغرر مع لحاظ الحکم الفلانی ·

ورتب علی ذلك بطلان البیع مراعی بالتسلیم علی خلاف الشهید فی اللمعة حیث استقرب الصحة وقال ان تسلّم قبل مدة لا یفوت الانتفاع المعتد به صح البیع ولزم والاّ تخیر المشتری بین الفسخ و الامضاء و أفاد المصنف فی وجه البطلان أن ثبوت الخیار حکم شرعی عارض للبیع الصحیح الذی فرض فیه العجز عن تسلم المبیع فلا یندفع به الغرر الثابت عرفا فی البیع الذی یوجب بطلانه ·

وکذلك رتب علیه بطلان بیع الضّال والمجحود و المغضوب و نحوهما بدعوی أنه غرری فی نظر العرف فحکم الشارع بانفساخ العقد بالتلف الرافع للغرر لا یرفع الغرر العرفی لما عرفت من عدم لحاظ الغرر مع الاحکام الشرعیة کما لا یخفی ·

أقول أن الغرر وان كان من المفاهيم العرفية وأمره تحت نظر العرف كسائر المفاهيم العرفية الا ان تطبيقه على المصاديق ليس منوطا بنظرهم وعليه فاذا حكم الشارع فى مورد بعدم الغرر أو بوجوده فلا محذور فيه ولا يقال أن العرف لا يراه غررا كما هو كك فى كثير من الموارد كنفى الربا بين الوالد والولد ونفى الشك فى كثير الشك و هكذا ٠

وعلى هذا فلا مانع من الحكم بصحة البيع مراعى بالتسلّم نظير بيع السلم فانه ان كان البايع قادرا على التسليم الى رأس المدة فيحكم بالصحة فلا خطر وان لم يقدر على تسليمه وأيضا لا غرر لكونه باطلا من أصله ٠

وبالجملة فحكم الشارع بالانفساخ مع تعذر التسليم الذى هوفى حكم التلف قبل القبض رافع للغرر فلا وجه لما أفاده المصنف من كون الغرر أمرا عرفيّاغير مربوط بحكم الشارع وغير ملحوظ معه ٠

وبعبارة أخرى عدم القدرة على التسليم هنا كتلف المبيع قبل القبض فى سائر الموارد فكما أنه ليس غرر فى الثانى وكذلك فى الاول كما لا يخفى ٠

وأما بيع المحجود والضال والمغصوب فان كان تسليمها مرجوعا فى مدة مضبوطة فلا شبهة فى صحة المعاملة لعدم الغرر فيها بناء على تمامية دليل نفى الغرروح اذا تمت المدة فان حصل تمكنّ فيها والاّ فيحكم بالبطلان للانفساخ فأيضا لا غرر وتوهم غررية البيع فى مدة عدم الوصول الى المبيع فاسد لاقدام المشترى فى ذلك الوقت على الضرر ٠

و كك الكلام اذا كان مشكوك الحصول للمتبايعين الى مدة معينة و لكن فى المدة يكون أمره منجزا فانه اما يرجع قطعا أو لا يرجع قطعا فعلى كل حال لا غرر فيه فانه ان حصل صح البيع فلا خطر وان لم يحصل فيبطل

البيع أيضا فلا خطر.

بل الامر كك في صورة علم المتبايعين بعدم الرجوع و لكن الى مدة معينة ثم بعد ذلك فاما يرجع قطعا أو لا يرجع قطعا ،وكذلك لوعلما بعدم الوصول اليه ولكن كان نظرالمشترى من الاشتراء الانتفاع بعتقه فانه يصحّ مع العلم بعدم الرجوع لعدم الغرر ومن هنا لم يستشكل احد فى صحةبيع العبد المريض من جهة كونه غرريا لعدم العلمه ببرئه وموته وذلك لأنه يجوز الانتفاع به ما لم يمت بالعتق فلا غرر نعم اذا لم يعلم حصول التمكن اليه فى مدة مجهولة فلا يعلم أنه يتمكن منه فى مدة قليلة أو كثيرة بحيث دار الامر بين الاقل والاكثر فيحكم بالبطلان لدليل نفى الغرر بناء على تماميته فان انتفاء المنفعة فى مدة لا يعلم أنها أى مقدار خطر على المشترى.

و من هنا يعلم أن ماذهب اليه الشهيد فى اللمعة من صحة البيع فيها اذا باع مراعى بالتسليم وجيه جدّا .

الأمر الثانى أن مسألة بيع عبد الآبق لا يرتبط بمسألة الغرر، فان الدليل على عدم جواز بيع العبد الآبق هو النص و الاّ فربما ليس فيه غرر أصلا لجواز الانتفاع به بالعتق وعلى هذا فلاوجه لتعليل عدم جواز بيعه بأنه مع اليأس عن الظفر به بمنزلة التالف و مع احتماله بيع غررى منفى إجماعا نصا وفتوى.

و بالجملة لا يجوز بيع العبد الآبق منفردا مطلقا للنص، خلافا للاسكافى على ما نسب اليه من تجويزه مبيعه اذا يقدر عليه المشترى أو يضمنه البايع.

وكيفكان فمسالة عدم جواز البيع مجهول للغرر و مسألة عدم جواز بيع العبد الآبق مسألتان لا يرتبط احدهما بالاخر ولا وجه لتعليل بطلان بيع الآبق

بطلان البيع الغرري كما لا يخفى ٠

وعلى هذا لا تنافي في كلامي الشهيد في اللمعة و العلامة في التذكرة قال الشهيد في اللمعة لا يجوز جعل العبد الآبق مثمنا و جزم به ثم تردد في جعله ثمنا وان قرب اخيرا المنع مع الانفراد ثم حكم بجواز بيع الضال و المحجود وقال العلامة في التذكرة نظير ذلك حيث ادعى أولا الاجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرري ثم قال و المشهور بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفردا ،وقال بعض علمائنا بالجواز وحكاه عن بعض العامة أيضا ثم ذكر الضال ولم يحتمل فيه الاّجواز البيع منفردا أو اشتراط الضميمة ،وذكر المصنف (ره) فان التنافي بين هذه الفقرات الثلاث، ظاهر والتوجيه يحتاج الى تأمل ٠

ووجه التنافي عنده أنه لا يجتمع دعوى الاجماع على اشتراط القدرة على تسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرري مع دعوى الشهرة على عدم جواز بيع الآبق منفردا مع أنه أيضا غرري فلابد من دعوى الاجماع عليه و كك لا يجتمع ذلك مع دعوى جواز بيع الضال مع أنه مثل الآبق و الحاصل أن الضال مثل الآبق فلابدّ من دعوى الشهرة على عدم جواز بيعهما وبيع الآبق غرري فلابدّ من دعوى الاجماع على بطلان بيعه أيضا ٠

أقول : وقد ظهر مما ذكرنا من الفرق بين المسألتين عدم التنافي بين جميع هذه الفروع أصلا فان حكم الشهيد ببطلان بيع الآبق و جعله مثمنا لورود النص فيه و تردده في الثمن من جهة احتمال اختصاصه بالمثمن كما هو الظاهر من النص لا يجوز اشتراء العبد الآبق وحكمه بجواز بيع الضال جزما فلخروجه عن مورد النص قطعا لعدم وروده فيه أصلا وكك

دعوى العلامة الاجماع وانما هو فى بيع الغرر الذى هو غير بيع العبد الآبق ودعوى الشهرة فى بيع العبد الآبق وتجويز البيع فى الضال الخارج عنهما جزما هو واضح فلا تنافى ومن هنا ظهر الاشكال ما فى حكم المصنف بعدم جواز جعل العبد الآبق ثمنا كما لا يجوز جعله مثمنا لاشتراكهما فى الأدلة ·

نعم يمكن استفادة عدم جواز من التعليل بقوله(ع) ان لم يقدر المشترى عليه فكان ما أخذه مكان ما نقده فانه يشمل الثمن أيضا كما أنه يشمل الضال أيضا ·

الأمر الثالث اذا اعتبرنا القدرة على التسليم فى البيع فهل يلحق به الصلح ،وجوه، الاول : عدم الاعتبار مطلقا لكونه مبنيّا على المساهلة و التوسعة فلا يضر فيه الجهل بالعوضين على أنّ دليل الغرر مخصوص بالبيع فلا يجرى فى غيره ·

الثانى : اعتبار الشرط المذكور فى الصلح ، بل فى جميع العقود المعاوضة فدليل نفى الغرر و ان ورد فى البيع ولكنه لا خصوصية فيه حتى أن الفقهاء يستدلون به فى غير المعاوضات كالوكالة فضلا عن العقود المعاوضية كالاجارة والجعالة والمزرعة و غيرها ،بل أرسل العلامة فى كره على ما نسب اليه المصنف فى الخيارات أنه نهى عن الغرر ·

الثالث: التفصيل بينما يكون البناء فيه على التسامح كما فى الصلح المحاباتى فيحكم بعدم اعتبار الشرط المذكور فيه لعدم الغرر فيه بعدما كان الغرر ايصال المال الى المصالح له وعدم كون اخذ العوض محط نظر أصلا فلو صالح جميع أمواله لزيد فى مقابل درهم و كان فيه فرس شارد لا يضرّ بصحة الصلح لعدم الغرر فيه اصلا وبين ما لم يكن كك كما هو المرسوم

فى السوق كثيرا حيث يعاملون بلسان الصلح فى معاوضاتهم وهو فى الحقيقة بيع بلسان الصلح وقد اعتبروا الشرط المذكور هنا لكونه بيعا فان البيع هو مبادلة مال بمال وهو صادق عليه كما تقدم فى أول البيع.

أقول: ان كان مدرك الاشتراط الاجماع على الاشتراط وعدم جواز بيع ما لا يقدر البايع على تسليمه فلا يجرى فى غير البيع، فانه دليل لبيّ فلابد من أخذ المقدار المتيقن وهو البيع وان كان دليله هو نفى الغرر أولا تبع ما ليس عندك فيجرى ذلك فى القسم الثانى من الصلح، لعدم الخصوصية البيع، فان الفرض هو نفى الغرر وله خصوصيّة لا للبيع على ان القسم الثانى من الصلح بيع لانه تبديل بين الشيئين وهو صادق عليه، فان نتيجة التبديل بين الشيئين الذى هو حصول المال للمتعاوضين حاصل هنا أيضا.

ولكن قد عرفت عدم تمامية دليل نفى الغرر لضعف السند وعدم تمامية لا تبع ما ليس عندك من جهة عدم تمامية دلالته فلا يبقى دليل على اعتبار الشرط المذكور فى البيع فضلا عن الصلح وعلى هذا فلابد من التكلم فى مسألة العبد الآبق الذى ورد فيه نص حتى نلاحظ أنه يمكننا استفادة حكم غير العبد الآبق من ذلك أم لا، والاّ لما كان لخصوص هذه المسألة ثمرة عملية فعلا، واما بناء على المشهور من تمامية اعتبار الشرط بدليل نفى الغرر فبيع العبد الآبق مع الضميمة تخصيص، فنقول أنه لا شبهة فى عدم جواز بيع العبد الآبق منفردا لورود النص عليه، والاّ مع الضميمة خلافا لمجموع العامة فانهم منعوا عن ذلك فبيعه مع الضميمة تخصيص لعدم جواز بيع ما لا يقدر على تسليمه على مسلك المشهور، فان مقتضى القاعدة بطلان البيع ولو جعل مجهول الحصول جزء المبيع لأن جعل جزء من الثمن مقابل المجهول غررى.

و أما علی مسلکنا فالحکم الثابت علی جواز بیع الآبق مع الضمیمة من الاول مضیق فیکون عدم جواز بیعه بدون الضمیمة تخصیصا للعمومات و قد ورد روایتان تدلان علی عدم جواز بیع العبد الآبق بدون الضمیمة ·

الاولی صحیحة(١) رفاعة ،قال : قلت لابی الحسن(ع) ایصلح لی أن اشتری من القوم الجاریة الآبقة و اعطیهم الثمن واطلبها أنا ، قال : لا یصلح شرائها الآ ان تشتری منهم ثوبا أو متاعا فتقول اشتری منکم جاریتکم فلانة وهذا المتاع بکذا وکذا درهما فان ذلک جائز ·

فهذه الروایة مختص بالبیع و الروایة الثانیة موثقة(٢) سماعة ، فهی أوسع منها عن أبی عبدالله(ع) فی الرجل قد یشتری العبد وهو آبق عن أهله قال :لا یصلح الآ أن یشتری معه شیئا فیقول أشتری منک هذا الشیء و عبدک بکذا وکذا درهما ،فان لم یقدر علی العبد کان الذی نقده فیما اشتری معه فان ذیل الروایة من التعلیل لا یختص بالبیع، بل یجری فی غیره أیضا کما لا یخفی ·

فمقتضی الروایتین أن بیع العبد الآبق منفردا لا یجوز مع أن فیه نفعا وهو الانتفاع به بالعتق وأما غیر العبد الآبق فلایجوز بیعه بدون الضمیمة بطریق أولی ،اذا تعذر التسلیم فیه لعدم النفع لفیکون الروایتان دلیلا علی اعتبار القدرة علی التسلیم فی البیع وغیره من العقود ، و المعاوضیة کما اشرنا الی ذلک فیما سبق من التکلم فی دلیل الشرط ، و بالجملة فدلیل اعتبار القدرة علی التسلیم هو النص الوارد فی عدم جواز

---

(١) وسائل ، ج ١٢ ،ص ٢٦٢

(٢) وسائل ، ج ١٢ ،ص ٢٦٣

بيع العبد الآبق منفردا فانه يدل على عدم الجواز فى غيره بدون الضميمة بالاولوية وأما مع الضميمة فبمقتضى قوله عليه السلام فان لم يقدر كان مانقده فيما اشترى معه جائزا فان المستفاد من ذلك أن المال لا يذهب فى كل مورد كان بيع غير المقدور مع الضميمة وأن ذلك حكم بعنوان القضية الحقيقية وان كان الثمن صالحا فى مقابل الضميمة حكم كلّى وعليه فنتعدى بذلك الى الصلح وجميع العقود المعاوضية عليه ، بل نتعدى بجواز بيع غير الآبق مع الضميمة فما لا يقدر على تسليمه كالفرس الشارد ، والابل الشارد ، كما عرفت ، ومع الغض عن شمول الرواية على ذلك فقد عرفت أنه لا دليل على اعتبار القدرة على التسليم الاّ الفحوى من روايتين بيع العبد الابق مع الضميمة ومن الواضح أن الفحوى يجرى فى صورة الانفراد لا مع الضميمة وأما فيه فيتمسك بالعمومات كما لا يخفى ولكن لم يلتزموا المشهور بجواز بيع غير العبد الآبق من موارد عدم القدرة على التسليم مع الضميمة حتى صرحوا بعدم جواز بيع الفرس الشارد مع الضميمة والوجه فى ذلك دعوى الاجماع ، بل النص كما تقدم من نفى الغرر من المشهور على بطلان بيع ما لا يقدر على تسليمه ولكن مجرّد عدم التزامهم بذلك لا يوجب الوهن بعد ما ساعدنا الدليل على الحكم بالجواز فى غير الآبق أيضا مع الضميمة لشمول العمومات عليه .

ثم يقع الكلام فى خصوصيات ذلك ، ففى هنا فروع :ـ

الاول : هل يجوز بيع الآبق مع الضميمة مطلقا ، سواء كان رجوع العبد مرجوّا أم غير مرجو؟ أو لا يجوز الاّ اذا كان مرجو الرجوع فقد؟ اختار المصنف الثانى وتبعه شيخنا الاستاذ وقد استدل المصنف عليه بأن ظاهر السؤال فى الرواية الاولى هو ذلك حيث قال الراوى ايصلح لى أن اشترىَ مَن

القوم الجارية الآبقة اعطيهم الثمن وأطلبها فأن الظاهر من كلمة اطلبها أن الوصول اليها مرجوّ و الاّ لماكان وجه للطلب .

وكك ظاهر الجواب في الرواية الثانية حيث قال(ع) فان لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشتراه معه ،فان الظاهر من كلمة فان لم يقدر أن الوصول اليه حين البيع كان مرجوا والاّ لم يكن وجه لهذا الكلام ثم قال أن ذلك هو ظاهر معاقد الاجماعات المنقولة ، ثم استدل على البطلان في صورة اليأس بوجهين آخرين ،الاول أن بذل جزء من الثمن في مقابله أكل للمال بالباطل ،والثاني أنه بيع سفهي والاّ لجاز بيعه مستقلا فالمانع من استقلاله مانع عن جعله جزء من الثمن في مقابله .

أما قضية لزوم كونه أكلا للمال بالباطل فقد عرفت أن آية النهي عن أكل المال بالباطل مختصّة بالاسباب الفاسدة كالقمار ونحوه مقابل الاسباب الصحيحة فلا تدّل على شرائط العوضين .

وأما الثاني : فقد عرفت عدم الدليل على بطلان بيع السفهي ، بل العمومات بالنسبة اليه محكمة وانما الدليل على بطلان بيع السفيه و هو لمهجوريته عن التصرف ،على أنه قد يكون سفهيّا أى فيما كان ما جعله من الثمن في مقابل العبد زائدا وبالمقدار الواقع في مقابل غير الآبق و أما اذا كان بمقدار أربعة فلس فلا سفه فيه ، بل ربما يحصل له نفع عظيم من ذلك كما لا يخفى .

وأما الرواية فلا مانع من شمول قوله(ع) فان لم يقدر الخ ، على صورة اليأس ايضا فان احتمال الوصول معه باق على حاله وكذلك لا مانع من شمول السؤال على ذلك فانه لا مانع من المطالبة مع اليأس لاحتمال الوصول اليه .

و أما القطع بعدم الرجوع فهل يصحّ البيع هنا مع الضميمة أم لا ؟

الظاهر أنه لا مانع عنه هنا أيضا وذلك أن قوله(ع) وان لم يقدر على العبد كان مانقده فيما اشتراه معه وان لم يكن شاملا لصورة القطع بعدم الرجوع و لكن الظاهر من الرواية عدم اختصاص الجواز بذلك فان الظاهر منها أن الثمن يقع فى مقابل الضميمة وكذلك كون الضميمة قابلا لان يقع فى مقابل الثمن ولا يذهب هدرا فكون الثمن صالحا لأن يقع فى مقابل الضميمة حكم كلّى بنحو القضية الحقيقية وانما سأل السائل عن فرد من ذلك لا أن الرواية مسوقة لبيان حكم قضية شخصية فى مورد خاص بحيث لا يمكن التعدى منه الى غيره ولذا ذكر فى السؤال أن الرجل قد يشترى العبد الآبق .

و بالجملة الظاهر من الرواية أن بيع العبد الآبق مع الضميمة مطلقا صحيحة سواء كان رجوعه مرجوا أو لا ، بل يصحّ مع القطع بعدم الرجوع كما عرفت .

منها أنه يعتبر كون الضميمة مما يصح بيعها مستقلا لظهور الرواية فى ذلك فان قوله(ع) فان لم يقدر كان مانقده فيما اشتراه معه ظاهر ، بل صريح فى كون الضميمة عما يكون قابلا لان يقع عليه البيع فلو لم يصح بيعه اما لعدم النفع عرفا كالخنفساء و الجعلان ونحوهما أو لعدم النفع فيه شرعا كالخمر والخنزير و الميتة واما لكونه مال الغير فلا يصح ان يقع ضميمة فان ما لا يصحّ بيعه مستقلا لا يصح بيعه مع الضميمة أيضا .

و منها أن يصح بيعها منفردا فما لا يصح بيعه كك كالعبد الابق ، فهل يصحّ بيعه أو لا ؟ ففيه خلاف فقد استشكل المصنف فيه من جهة عدم شمول الرواية له و ساعده شيخنا الاستاذ ولكن اختار الاستاذ المنع من جهة اقتضاء مناسبة الحكم والموضوع ذلك المعنى ، فان ما لا يصح بيعه

مستقلا فكيف يصح مع ضمه بمثله فلا يفيد انضمام ما لا يصحّ بيعه بمثله الحكم بالجواز بل يكون هو أيضا مثله كما هو واضح ٠

و لكن ما ادرى كيف لاحظوا الرواية حتى حكموا بعدم دلالتها على ذلك فان قوله (ع) فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه أقوى ظهور فى الاشتراط فان الظاهر منه أنه لا بد وان يكون هنا شیء يقع الثمن فى مقابله مع عدم القدرة على الوصول أى الآبق واذا كانت الضميمة أيضا مثله فلا شیء هنا ليقع الثمن فى مقابله فلا يصدق عليه قوله(ع) فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه فان المستفاد من الرواية ان ثمنه لا يذهب هدرا و أما مع كون الضميمة مثل الآبق فيذهب الثمن هدرا وأما اذا كانت الضميمة منفعة فان كان الغرض وصول شیء الى المشترى بحيث لا يذهب ثمنه هدرا مع عدم التمكن من العبد وكان صالحا لان يقع فى مقابل الثمن و ان لم يكن ذلك بعنوان البيع فلا شبهة فى صحة ذلك وان كان النظر هو التعبد بالرواية واستفادة حكمه منها فلا يجوز فان الموجود فيها فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه ومن الواضح أن الشراء لا يصدق فى نقل المنافع لما عرفت فى أول البيع أن البيع انما هو لنقل الاعيان فلا يطلق فى نقل المنافع كما أن الاجازة انما هو لنقل المنافع فلا تطلق فى نقل الاعيان فكما لا يجوز بيعها مستقلة فكك لا يجوز بيعها منضمة أيضا . و بالجملة أنه يعتبر فى الضميمة أن تكون جائزة البيع فى نفسها على انفرادها كما عرفت٠

ومن جملة ما يقع الكلام فيه أنه هل ينتقل العبد الى المشترى من حين البيع بحيث اذا تلف قبل وصوله الى المشترى تلف فى ملك المشترى أو كان البيع مراعى الى أن يتمكن المشترى منه فاذا تمكن صحّ البيع فى المجموع و الاّ تقع المعاوضة بين الضميمة و الثمن ظاهر المحكى عن كاشف الرموز هو

الثانى ولكن ظاهر ذيل كلامه هو الاول كما ذهب اليه المشهور وهو الاقوى فان الظاهر من الرواية قد يشترى الرجل العبد وهو آبق قال(ع) لا يصلح الاّ أن يشترى معه شيئا فيقول اشترى منك هذا الشئ وعبدك بكذا و كذا ،فان لم يقدر كان الذى نقده فيما اشترى معه هو انّ البيع و الشراء قد تما وتحققا من حين البيع فاذا لم يقدر المشترى عليه فيقع الثمن فى مقابل الضميمة فليس فيها اشعار بالتعليق كما هو واضح ،هذا لا شبهة فيه .

نعم ، لو بقى على اباقة بحيث صار فى حكم التالف يكون ذلك من البايع بمقتضى قاعدة كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال البايع كما سيأتى فى احكام القبض واما قوله (ع) كان الذى نقده فيما اشترى معه صريحا فى صحة البيع وكون الآبق ملكا للمشترى فيكون ذهابه منه و من كيسه فيكون هذا المورد تخصيصا للقاعدة المذكورة .

وبالجملة ظاهر الرواية أن التلف انما هو فى ملك المشترى لحصول البيع من الاول ولكن كان مقتضاه أن يكون ذاهبا من كيس البايع لقاعدة كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه ,و لكن ذيل الرواية اثبت الحكم على خلاف القاعد تخصيصا لها ودّل على كونه ذاهبا من كيس المشترى كما هو واضح .

و لو تلف العبد الآبق قبل اليأس بحصوله أو كان اليأس فى حكم التلف كما تقدم من المصنف وان لم نقبله أو تلف بعد اليأس فهل يكون التلف من البايع بمقتضى القاعدة المتقدمة أو من المشترى فقد استشكل فيه المصنف و منشأ الاشكال احتمال شمول قوله (ع) فان لم يقدر عليه كان الذى نقده ،الخ ، شاملا للموارد المذكورة ويكون عدم الظفر على العبد سواء كان باليأس أو بالتلف قبل اليأس أو بعده موجبا لوقوع الثمن بازاء الضميمة

بحيث كان ذلك كفاية عن عدم استرجاع شيء من الثمن وعدم ضمان البايع له فيكون تخصيصا للقاعدة أيضا ٠

ولكن الامر ليس كك فان الظاهر من قوله(ع) فان لم يقدر كان الذى نقده فيما اشترى معه أن المراد من عدم القدرة هى عدم القدرة من ناحية الاباق وأما اذا كان عدم القدرة من جهة الموت قبل اليأس فيكون ذلك داخلا تحت القاعدة ، نعم التلف بعد اليأس لا يؤثر فى ضمان البايع بعد ما ثبت كون الثمن مقابل الضميمة باليأس واستقر ملك البايع على مجموع الثمن بازاء الضميمة من دون خيار للمشترى فى ذلك كما هو واضح ٠

ففى الصورة التى كان التلف من البايع اعنى التلف قبل اليأس فيقسّط الثمن على الضميمة والعبد فيصّح فى الضميمة ويبطل فى العبد ويرجع فى حصته الى البايع ان اعط ، والاّ فيعطى ما يخصّ بالضميمة فقط و يثبت للمشترى خيار تبعضّ الصفقة ٠

قوله : ولو تلفت الضميمة قبل القبض وان كان بعد حصول الآبق فى اليد ، فالظاهر الرجوع بماقابله الضميمة لا مجموع الثمن لان الآبق لا يوزّع عليه المثمن ، الخ ،

أقول : فى توضيح ذلك أنه اذا تلفت الضميمة قبل وصولها الى المشترى وقد وصل الآبق اليه فيقسّط الثمن على الضميمة والعبد فيصحّ فى العبد ويبطل فى الضميمة فيسترد المشترى ما قابلت الضميمة من الثمن ان كان قد دفعه والاّ فيعطى ثمن العبد فقط ولا يقّسط قبل وصول العبد الى المشترى فانه مادام آبقا لا يوزّع عليه الثمن مع تلف الضميمة و من هنا ظهر ما صدر من المشترى شيئا كان فى حكم القبض كأن ارسل اليه طعاما مسموما فقتله أو اعتقه أو وهبه لشخص آخر ، فان هذا كلّها فى حكم القبض

فيقّسط الثمن عليهما فيبطل البيع فى الضميمة ويصحّ فى العبد ولكن بما أنه تصرف المشترى فى العبد واتلفه بالتصرف فلايكون له خيار تبعض الصفقة حينئذ بخلاف الفرض الاول اعنى صورة حصول العبد بيد المشترى ٠

وأما لو تلفت الضميمة قبل حصول الآبق فى يد المشترى فهل يحكم بصحة البيع بالنسبة الى العبد ويلتزم بالتقسيط ويبطل البيع فى خصوص الضميمة أو يحكم بانفساخ العقد فقد تردد فيه المصنف أولا ، وذكر فيه وجهان من ان العقد على الضميمة اذا كان كأن لم يكن من الاول وانعدم تبعه العقد على الآبق فصار هذا أيضا كأن لم يكن فيحكم بالبطلان فى كليهما فيفسخ العقد فيهما معا فان سبب الضميمة حدوثا لم يكن إلاّ العقد على الضميمة فاذا انعدم انعدم العقد على الآبق أيضا ،ومن أن العقد على الآبق كان تابعا على العقد على الضميمة حدوثا واذا تملك المشترى العبد فيكون العقد على الضميمة كأن لم يكن فان الغرض منه لم يكن الاّ امكان بيع الآبق الذى لم يكن جائزا بالانفراد وبعد مادخل الآبق فى ملك المشترى فكان كأن لم يكن محتاجا الى الضميمة وكسائر متملكته وعلى هذا فينحل الثمن الى كل من الضميمة والآبق كسائر موارد اجتماع الشيئين فى بيع واحد فيكون كل واحد منهما اجنبيّا عن الاخر وهذا الانحلال لا يوجب رفع الحكم الثابت فى الابتداء من توقف صحة بيع الآبق على بيع الضميمة معه ، فان مقتضى العمومات مع الشك فى الصحة والفساد محكمة وهذا توضيح كلام المصنف باضافة اجمالا فتأمل ،فان عبارته مغلقة ٠

ثم استظهر من النص الوجه الاول بدعوى ان الظاهر من النص أن لا يقابل الآبق بجزء من الثمن أصلا ولا يوضع له شيء منه أبدا على تقدير عدم الظفر به ،وهذا هو الظاهر فان قوله(ع) فان لم يقدر كان الذى نقده

فيما اشترى معه ظاهر فى أنه لا بد وأن يكون هناك شيء يقع الثمن فى مقابله مع عدم القدرة على الآبق حدوثا وبقاء فانه لولا ذلك فبمجرد وقوع البيع لا بدّ وان يجوز التقسيط مع أنه ليس كك بل لا بد وان تستمر الضميمة مادام لم يحصل الآبق ولم يصل الى العبد ومن الواضح أنه مع تلف الضميمة ليس هنا بالفعل شيء ان يكون الثمن فى مقابله مع عدم القدرة على العبد ليشمل عليه قوله(ع) فان لم يقدر كان الذى نقده فيما اشترى معه فعليه فيحكم بالبطلان وان كان مقتضى القاعدة هو الصحة بعد تحققه صحيحا للعمومات الدالة على صحّة البيع كما عرفت فى توضيح كلام المصنف.

وبالجملة الذى يتحصل لنا من الرواية هو أن الضميمة ما لم تصل الى المشترى قبل أن يصل الآبق اليه لا طريق للحكم بصحة البيع و ان استمر الى مدة بعيدة فان فى كل أن لوحظ البيع يصدق أنه ليس هنا شيء يكون الثمن فى مقابله فاذا وصلت الضميمة اليه انتهى أمد ذلك الحكم فح يتبدل الحكم بأنه مع تلف الضميمة لا يحكم بالفساد كما هو واضح.

ثم بقى هنا فرعان قد اشار اليهما المصنف الاول أنه لو وجد المشترى فى الابق عيبا سابقا على العقد فانه لا شبهة فى كونه مخيرا بين الفسخ والامضاء وانما الكلام فى انه هل له أن يرجع الى الأرش أم لا؟ فنسب المصنف القول بجواز الرجوع الى الأرش الى قول مشعرا بكونه محل الخلاف والظاهر أنه لا شبهة فيه فانه لا اشكال فى كون المشترى مخيرا بين الفسخ والامضاء بدون الارش او معه فى موارد ظهور المبيع معيبا و لا خصوصية للمقام حتى توجب عدم جواز رجوعه الى الارش الا ما ربما يتوهم من أن الأرش جزء من الثمن واقع بازاء وصف الصحة ومع عدم القدرة على العبد لا يقع شيء من الثمن بازاء العبد ليسترجع بعنوان الأرش ويحصّل جزء من

الثمن ، بل مجموع الثمن مع عدم القدرة على العبد واقع فى مقابل الضميمة .

ولكن هذا التوهم فاسد فان وقوع مجموع الثمن مقابل الضميمة انما هو بعد اليأس من العبد بحيث يكون فى حكم التالف لا مطلقا و الفرض أن العيب كان سابقا على العقد فحين وقوع العقد على العبد مع الضميمة ، كان المجموع فى مقابل الثمن فيكون الثمن مقسّطا على العبد و الضميمة معا وما تقدم من عدم تقسيط الثمن على الآبق قبل وصوله اليه فيكون المقام كسائر موارد ظهور العيب فى المبيع فيتمسك بعمومات ما دل على كون المشترى مخيرا بين اخذ الأرش والامضاء بدونه وبين الفسخ ثم ان عدم تعرض المصنف لصورة كون المشترى مخيرا بين الفسخ و الامضاء من جهة عدم كونه محلا للخلاف ومحتمل العدم وانما مورد التوهم هو عدم ثبوت الأرش للتوهم المتقدم ولذا خصّه بالذكر .

الفرع الثانى : انه لوكانت الضميمة ملكا للغير فعقد مالك العبد عليه العقد فضولا فهل يبطل العقد فى العبد مع عدم الاجازة أم لا ؟ فقال المصنف بالاول ، ولم يتعرضّ لحكم صورة الاجازة ، والظاهر هو البطلان مطلقا سواء أجاز المالك أو لم يجز وذلك لماعرفت أن شأن الضميمة كون مجموع الثمن فى مقابلها مع عدم قدرة المشترى على الآبق وفيما اذا كان المبيع مركبا من مال نفسه ومن مال الغير فيكون ذلك من الاول من حكم بيعين فيقع الثمن من الاول فى مقابل كلا المبيعين وليس هنا احتمال وقوع مجموع الثمن فى مقابل الضميمة فانه ح يلزم ان لا يكون لمالك العبد شىء أصلا و يكون مجموع الثمن لمالك الضميمة بدون الاستحقاق فانه مالك من الثمن بما قابل الضميمة دون الزائد كما لا يخفى فيذهب مال مالك العبد هدرا و الحال وقع البيع على المجموع من حيث المجموع .

وبعبارة أخرى المستفاد من الرواية أن يحصل لمالك العبد شئ سواء تمكّن المشترى منه أم لا ، ولكن مشروطا بكونه مع الضميمة ليقع الثمن فى مقابلها مع عدم التمكن من الآبق وأن يحصل للمشترى أيضا شئ كذلك فاذا كانت الضميمة للغير فلا يمكن ذلك و الحاصل ان الضميمة لابد وان تكون قابلا لان يقع مجموع الثمن فى مقابلها لقوله(ع) فان لم يقدر كان الذى نقده فيما اشترى معه واذا كانت الضميمة من مال الغير و لم يقدر المشترى على العبد فلازم ذلك ان يقع الثمن فى مقابل الضميمة ولا يحصل لمالك العبد شئ فهذا لا يمكن الالتزام به على أن الظاهر من قوله(ع) فى موثقة سماعة لا يصلح الاّ أن تشترى معه شيئا ويقول اشترى منك هذا الشئ وعبدك هو أن الضميمة من مال مالك العبد فان معنى اشترى منك معناه أن المال ماله ولو كان من مال الغير فليس الشراء منه ، بل المالك فان البايع فى الحقيقة فى البيع الفضولى هو المالك باجازته وامضائه وأنما الفضولى مجرى للعقد فقط ، فافهم .

الكلام فى اشتراط العلم بالثمن

قوله : مسألة : (المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا فلو باع بحكم احدهما بطل اجماعا) .

أقول : استدل على اعتبار هذا الشرط بوجوه :—

الاول : الاجماع ، فانه ذكر غير واحد من الاعاظم أن كل بيع لم يذكر فيه الثمن فانه باطل بلا خلاف بين المسلمين .

وفيه أن الاجماع وان كان مسلما ولكن المظنون أن الاصل فيه النبوى

المشهور بين الفريقين(نهى النبى (ص)عن بيع الغرر) فليس هنا اجماع تعبدى .

الثانى : النبوى المذكور فانه استدل به الفقهاء من الشيعة والسنة على بطلان البيع الغررى ،وبما أن الجهالة بقدر الثمن توجب الغرر و الخطر فيكون البيع باطلا .

وفيه أنه قد تقدم عدم تماميته سندا ودلالة فلا يكون مدركا للحكم المذكور .

الثالث : رواية حماد بن ميسرة الواردة فى مورد خاص فانه روى عن أبى جعفر عليه السلام أنه كره أن يشترى الثوب بدينار غير درهم لانه لا يدرى كم الدينار من الدرهم .

وفيه أن غاية ما يستفاد منها أن المعاملة المذكورة مكروهة فهى أعم من الحرمة ،على تقدير ارادة الحرمة منها فهى لا تدل على الفساد لعدم الملازمة بين الاحكام التلكيفية والاحكام الوضعية فتحصل أنه لا دليل خاص على اعتبار العلم بقدر الثمن فى البيع،وعلى هذا فلابد من التكلم فى المسألة فى جهتين الاولى بحسب القواعد ،والثانية بحسب الروايةالواردة فيها ،أما الجهة الاولى فان كان المراد من الجهالة بقدرالثمن جهالة بأصل المالية بحيث لا يعلم البايع أنه أى مقدار بل ربما لا يدرى أن ما جعل ثمنا فى البيع أنه مال أو ليس بمال ،فهذا لا شبهة فى بطلانه فان البيع مبادلة مال بمال وأن غرض المتعاملين تملك كل منهما مالا جديدا بازاء مايعطيه للآخر ولم يكن قبل هذه المعاملة مالكا له فاذا لم يدر أنه حصل له مال بذلك أولا ،ومع الحصول أنه أى مقدار فيكون نقضا للغرض فكأنه لم يقع البيع فيكون باطلا ولعل بطلان مثل هذا البيع ارتكازى للعقلاء

فلا يعتبرونه بيعا وان كان هذا ايضا محل تأمل لعدم اعتبار المالية في البيع ولعدم بطلان البيع الصبى فلا منشأ للبطلان غير ذلك الاّ دليل نفى الغرر فقد عرفت الحال فيه غاية الأمر يثبت الخيار للمشترى، نعم سيأتى فى المسأله الثانية اعتبار العلم بالثمن فى صحيحة الحلبى لا يحتاج الى التأمل ومن هذا القبيل بيع الثوب بدينار غير درهم كما ذكر فى الرواية حماد بن ميسرة وأن كان المراد من الجهالة هو الجهل بمقدار الثمن مع العلم بالمالية وكونه بمقدار القيمة السوقية فلا شبهة فى صحة البيع كما اذا باع الثوب بما يساوى القيمة السوقية فان مثل هذا الجهل لا يوجب الغرر والخطر ولا أنه يوجب الجهل باصل المالية غاية الامر أنه لا يدرى أن أى مقدار من المال للجهل بالقيمة السوقية.

و أما الجهة الثانية فقد وردت رواية صحيحة(١) فى خصوص بيع الجارية ويستفاد منها صحة البيع قال رفاعة النخاس سألت أباعبدالله(ع) فقلت له ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمى فقبضتها منه ثم بعثت اليه بألف درهم فقلت له هذه ألف درهم حكمى عليك أن تقبلها فابى أن يقبلها منى وقد كنت مسستها قبل أن أبعث اليه بالثمن فقال عليه السلام : أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة فان كان قيمتها اكثر مما بعثت اليه كان عليك أن ترد ما نقص من القيمة وان كان قيمتها اقل مما بعثت اليه فهو له ، الخبر.

وفى الحدائق التزم بصحة البيع بحكم المشترى و انصراف الثمن الى

---

(١) وسائل ج ١٢ ،ص ٢٧١

القيمة السوقية لهذه الرواية وأولها المصنف بما ليس الا اسقاطا لها فى الحقيقة وقال لكن التأويل فيها متعين لمنافاة ظاهرها لصحة البيع، و فساده فلا يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع اذ لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص . نعم هى محتاجة الى أزيد من هذا التأويل بناء على القول بالفساد بان يراد من قوله(ع) باعنيها بحكمى تقويمها على نفسى بقيمة عادلة لكون رفاعة نخاسا عالما بقيمة الجارية لأنه يبيع ويشترى الرقيق ثم قومها النحاس على نفسه بألف درهم اما معاطاة أو وكالة فى الايجاب وأصالة فى القبول، و انما لم يقبله المالك اما للغبن لخطاء النحاس فى التقويم أو لخيار الحيوان بناء على ثبوته فى الاماء و العبيد .

وقوله عليه السلام ان كان قيمتها أكثر مما بعثت اليه كان عليك أن ترد ، الخ ، اما يراد لزوم ذلك عليه من باب ارضاء المالك اذا اراد الامساك فيسقط المشترى أى النحاس مثلا خيار المالك ببذل التفاوت بأن يقول لا تفسخ المعاملة وسقط خيارك فاعطى التفاوت .

وماذكره الايروانى من أنه لا وجه لسقوط الخيار ببذل التفاوت من جهة توهم ان فاعل يسقط هو الخيار وعرفت أنه هو المالك واما أن يحمل ذلك على صورة حصول الحمل بعد المس فصارت أم ولد و تعين عليه قيمتها اذا فسخ البايع .

وهذا التأويل ليس الا عبارة اخرى من اسقاط الرواية فانه ليس فيها اشارة الى الوكالة وكون المشترى وكيلا عنه أو كون المعاملة على سبيل المعاطات على أن ظهور عليك ليس الا الالزام على الرد وماذكره من حمله على ارضاء المالك باسقاط الخيار أو حملها على صورة الحبل خلاف الظاهر

من الرواية جدا و على هذا فيدور الامر بين رفع اليد عن الرواية ورد علمها الى اهلها وبين توجيهها على نحو لا ينافي ظاهرها ، و الظاهر هو الثاني و الذی ينبغی أن يقال أنها راجعة الى أمر عرفی متعارف بين الناس من المعاملة فان من المتعارف فی زماننا خصوصا بين الحماليـن أنهم لا يقاطعون فی مقام المعاملة على الثمن والاجرة بل يوكلون الامر الى المشتری و المستأجر ٠

و لكن من المقطوع من القرائن ان غرضهم فی ذلك ليس هو حكم المشتری والمستأجر بحيث لو نقص عنها يطالبون القيمة السوقية وأذا زاد أو طابق الواقع فينطبق الثمن عليه ففی الحقيقة أن الثمن فی أمثال هذه المعاملات أمر كلّی وهو عنوان القيمة السوقية و مازاد الذی هو قابل الانطباق على القيمة الواقعية ومازاد دون الناقص عنها لخروجه عن دائرة الكلی ٠

و نظير ذلك قد ذكرناه فی تصوير الجامع فی العبادات بين الصحيح و الاعم وقلنا بامكان فرض كلّی يكون قابل الانطباق على الكامل و الناقص ومثلنا لذلك بلفظ الكلمة الموضوعة لما يكون مركبا من حرفين وصاعدا فانها قابل الانطباق على ما يكون مركبا من حرفين أو ثلاثة أحرف أو أزيد و أيضا مثلناه بكلمة الدار الموضوعة لعرصة المشتملة على الحائط و القبة الواحدة أو أكثر فلامانع من ان يكون الامر فی المعاملة أيضا كك ، فالثمن فی مثل المعاملة المذكورة هو الكلی المنطبق على القيمة السوقية و الاكثر فيملك البايع لهذا الكلی فالرواية الشريفة تدل على هذه القضية المتعارفة فلا وجه لرفع اليد عنها أو تأويلها على نحو يكون اسقاطا لها فيكون ح وجها لالزام المشتری على رد الناقص لكونه أقل من القيمة التی وقع عليها البيع

فيقع قوله(ع) فعليك ،الخ ،في موقعه ومن هنا ظهر بطلان ما ذهب اليه صاحب الحدائق ايضا من حمل الرواية على القيمة السوقية لما عرفت ان الثمن هنا كلى وهو القيمة السوقية ومافوقها كما لا يخفى.

و بالجملة فلو قال البايع بعتك بسعر ما بعته أو علم المشترى بأن ما اشتراه من البايع فليس ثمنه أزيد من القيمة السوقية فهى مضبوطة في السوق وأن لم يعلم هو بالقيمة تفصيلا فلا دليل على فساد هذا البيع للجهالة ، فانها ليست على نحو تكون موجبة لعدم العلم ،بأن الثمن أو المثمن مال أو ليس بمال أقل أو أكثر ، على نحو يوجب الخطر بحيث يتوقف العقلاء أيضا في اعتباره بيعا وان كان هذا أيضا محل تأمل فانه لا دليل على هذا وأنه بدون المنشأة الاّ أن يكون هنا اجماع على البطلان فما عن الاسكافى من صحة البيع اذا قال البايع بعتك بسعر ما بعته فى غاية المتانه ،و لكن قوله ويكون للمشترى الخيار لا وجه له فانه ان كان البيع غرريا فيكون باطلا فليس له خيار وان لم يكن غرريا فيصح وأيضا ليس له خيار كما هو واضح .

الكلام فى اشتراط العلم بالمثمن

قوله : مسألة :العلم بقدر المثمن كالثمن شرط باجماع علمائنا .

أقول : اعتبروا العلماء العلم بمقدار المثمن بلاخلاف فلو باع ما لا يعلم أنه أى مقدار فلايجوز الاّ اذا كان الجهل على نحو لا يضرّ كما اذا اعلم البايع بالمبيع ويبيعه على القيمة السوقية ويعلم المشترى أيضا أنه مايشتريه على النحو المتعارف فى السوق فانه لا وجه هنا للبطلان الاّ اذا كان هنا اجماع على البطلان وتحقيق الكلام هنا فى جهتين الاولى فى اعتبار العلم

بالمكيل والموزون أما الاولى فالدليل عليه الوجوه المتقدمة المذكورة لاعتبار القدرة على التسليم وكون الجهالة و الغرر موجبا للبطلان وقدعرفت الكلام فيها وما يرد عليها ويمكن الاستدلال عليه أيضا بتقرير الامام(ع) على عدم الجواز البيع جزافا في صحيحة (١) الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعده فيكال بمكيل ثم يعد ما فيه ثم يكال على حساب ما بقي من العدد قال لا بأس فان الظاهر من السؤال أن السائل اعتقد عدم جواز البيع جزافا وأنه كان من المرتكزات عنده وعند العرف، ولذا سأل عن جواز الكيل في المعدود وقد قرّر الامام(ع) اعتقاده ولم ينبه على جواز البيع جزافا كما نبّه على جواز البيع بالكيل في المعدود فيعلم من ذلك أن البيع جزافا لا يجوز، والاستدلال بها أتم واحسن من دليل نفي الغرر ونحوه واما الثمن فهو كالمثمن للقطع بعدم الفرق بينهما.

و أما الجهة الثانية فالمشهور بل المجمع عليه اعتبار الوزن أو الكيل في المكيل والموزون فلو باع جزافا لا يصحّ حتى مع عدم الغرر كما اذا كان مقدارا من الحنطة مثلا في احد طرفي الميزان و مقدار من الارز في الطرف الاخر الذي يساوي الحنطة فباع احدهما بالاخر ولكن لا يعلم أنه أي مقدار فانه لا يجوز ذلك فتدل عليه الروايات المعتبرة.

منها صحيحة(٢) الحلبي في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم وان صاحبه قال للمشتري ابتع مني من هذا العدل الاخر بغير كيل فان فيه مثل ما في الاخر الذي ابتعت قال لا يصلح الاّ بكيل قال وما كان

---

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٩

(٢) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٤

من طعاما سميت فيه كيلا ،فانه لا يصلح مجازفة هذا مما يكرمن بيع الطعام وفى رواية الفقيه فلا يصح بيعه مجازفة والمطلب واحد ٠

فالظاهر من هذه الرواية المباركة أنه لا يجوز البيع فى المكيل و الموزون مجازفة وجزافا ،ولكن أشكل عليها بوجهين ، الاول بالاجمال ، بمعنى أنه ما معنى قوله(ع) وماكان من طعام سمّيت فيه كيلا ،فان ظاهره التنويع وأن الطعام على قسمين احدهما يعتبر فيه الكيل والاخر لا يعتبر فيه الكيل ،والحال أن جميع الطعام من سنخ واحد فان اعتبر الكيل فهو فى جميعه والاّ فكك وأيضا فذيل الرواية ظاهر فى كون ذلك مكروها وهولا يضر بالمعاملة ٠

الثانى : أن الرواية مشتملة على ما لم يلتزم به احد وهو عدم تصديق البايع وليس كك فانه يصدق فى اخباره بالمبيع نصّا وفتوى أما الاول فيرد عليه أن المراد من الكراهة ماذكره المصف من أنها فى الروايات أعم من الكراهة المصلحة فلايعارض بظهور لا يصلح ولا يصح فى الفساد على أن الكراهة بمعنى الحرمة أيضا لا يعارضه لعدم الملازم بين حكم الوضعى والتكليفى ٠

وأما قوله ما سمّيت من الطعام فليس تنويعا بل ذكر من جهة الاشعار الى علة الحكم ووجه اعتبار الوزن والكيل فى الطعام من أنه من جهة بطلان المعاملة فيه بدون ذلك لاعتبار الكيل فيه ولكونه طريقا الى وزنه و مقداره فانه لو ترك ذلك القيد فاحتمل أن بطلان المعاملة فى المكيل من جهة آخر من التعبد ونحوه لا من جهة طريقية الكيل الى مقدار الواقعى و اخراجه عن الغررية كما لا يخفى ٠

و أما الاشكال الثانى أن تصديق البايع وان كان مسلما كما سيأتى فى الروايات الاتية ولكن ذلك انما يكون اذا أخبر عن الكيل بان يقول

أنا كلت ذلك كما هو المتعارف فی اليوم فی البقالين و العطارين حيث يوزنون الاشياء لسهولة البيع عنده فيخبرون عن ذلك لا الاخبار عن المتاع بالجزاف و بالحدس من غير كيل ووزن و الرواية ظاهرة ، بل صريحة أن اخبار البايع عن العدد الاخر انما هو بالمجازفة والحدس لا عن الوزن و الكيل فان قوله اشتر منی هذا العدل الاخر بغير كيل وكذا قوله(ع) وما سميت فيه كيلا لا يصح مجازفة ظاهر أو صريح فيما نقول ٠

ومنها موثقة(١) سماعة قال سألته عن شراء الطعام وما يكال و يوزن بغير كيل ولا وزن فقال أما ان تأتی رجلا فی طعام قد كيل و وزن نشتری منه مرابحة فلا بأس ان اشتريته منه ولم تكله ولم تزنه اذا اخذه المشتری الاول بكيل أو وزن الخ ، وهی أيضا تدل على اعتبار الكيل والوزن فی الطعام وعلى كفاية اخبار البايع بالوزن و الكيل ٠

ثم انه يقع الكلام فی أن اعتبار الكيل و الوزن فی المكيل والموزون فی جميع الموارد أو مختص ببعضها وتنقيح هذا البحث يتوقف على البحث فی أن الغرر المنفی فی البيع هل هو شخصی أو نوعی فعلى الاول يختص الحكم بمورد وجود الغرر فعلا وعلى الثانی فيعم جميع الموارد فلا يجوز البيع جزافا وان لم يكن فيه غرر و أيضا يتوقف البحث فی ان ما ورد التخصيص على عمومات صحّة البيع باعتبار الكيل و الوزن فی المكيل والموزون هل هو يجری فی جميع الموارد أو يؤخذ منه المقدار المتيقن فيتمسك فی البقية بالعمومات وكيف كان يختلف البحث فی المقام باختلاف مدرك الحكم ٠

أما اذا كان المدرك على اعتبار العلم بالمبيع هو دليل نفی الغرر

---

(١) وسائل : ج ١٢ ، ص ٢٥٧

فلابد وان ينظر اليه فان كان المستفاد منه أن الغرر علّة لبطلان البيع فيكون الحكم بالبطلان مختصّا بموارد الغرر الفعلى فيكون المنفي هوشخص الغرر و عليه فيصحّ بيع المكيل و الموزون جزافا اذا لم يكن فيه غرر كما اذا وضع مقدارا من الحنطة على احد طرفى الميزان و مقدارا من الارز فى الطرف الاخر فيبدل احدها بالاخر فانه لا غرر فيه قطعا وان كان مقدار العوضين مجهولا وكذا لو كان شيء من المكيل و الموزون لا يوزن فى الخارج اما لقلته كحبة من الحنطة ومقدار حمصة من الدهن وهكذا أو لثقله كزبر من الحديد فانه لا غرر فى أمثال ذلك مع كون مقدار المثمن مجهولا وهذا نظير كون الحرج والضرر مأخوذ اين فى الاحكام الحرجية بعنوان العلة فانه يكون الحكم بها تابعا لوجود الموضوع الشخصى فلا يرتفع فى غيره المنتفى عنه الحرج و الضرر.

وان كان المستفاد من دليل نفى الغرر كونه حكمة للحكم بالبطلان فيكون باطلا فى الموارد المذكورة و ان لم يكن فيها غرر شخصى فانه لوحظ فى المبيع بعنوان الحكمة للحكم فلا يلزم وجودها فى جميع الموارد ككون اختلاط المياه حكمة لتشريع العدة وتأفن الابطين حكمة لتشريع وجوب غسل الجمعة وكون المشقة حكمة فى عدم وجوب السواك وكون الحرج حكمة فى عدم جعل النجاسة على الحديد فان هذه الامور باجمعها لوحظت حكمة للتشريع فلا يلزم وجودها فى جميع الموارد وفى المقام أن نفى الغرر حكمة لحكم الشارع ببطلان المعاملة التى كان العوضين فيها مجهولا ولكن اذا لم يكن غرر فى مورد او موارد كما تقدم مع جهالة العوضين فلا وجه للحكم بصحة المعاملة بل يحكم أيضا بالبطلان لعدم لزوم التسرية فى حكمة الاحكام.

و لكن الظاهر أن النزاع فی أن الغرر المنفی فی دليل نفی الغرر شخصی أو نوعی ليس له منشأ اصلا فان هذا النزاع انما يجری فيما اذا كان ذلك العنوان المتنازع فيه متعلقا للحكم وموقوفا عليه فی لسان الادلة من غير أن يكون لنفس العنوان المذكور فيها موضوعية للحكم و هذا كثبوت الحرمة للخمر فانه ليس لعنوان الخمر موضوعية لثبوت الحكم له بحيث يدور الحكم مدار صدق الاسم حتى لوكان الحبر مسمى بالخمر فتشمل عليه أدلة حرمة الخمر وانما التحريم ثبت لها لكونها مسكرة كما فی عدة من الروايات الدالة على أن الخمر انما حرمت لعاقبتها ولا سكارها لا لاسمها وماكانت عاقبته عاقبة الخمر فهو حرام وعلى هذا فيصح البحث فی أن الاسكار حكمة أو علة و هكذا فی كل مورد علّل ثبوت الحكم بشیء آخر كجعل العدة المعلل باختلاط المياه ونحوه ·

وأما فيما يكون العنوان المأخوذ فی الأدلة بنفسه موضوعا للحكم فلامجال للنزاع المذكور ومقامنا من هذا القبيل فان عنوان الغرر كعنوان الضرر و الحرج بنفسه موضوع للحكم ببطلان المعاملة الغررية فيكون نظير العلّة من حيث دوران الحكم مداره وجودا و عدما على نحو القضية الحقيقية ففی كل مورد ثبت الغرر فيوجب بطلان البيع والاّ فلا . فان عنوان الغرر مأخوذ فی النبوی بعنوان القضية الحقيقية فيكون صدقها تابعا بتحقق الغرر الشخصی فی الخارج فلامجال لتوهم بطلان البيع فيما اذا كان العوضين أو أحدهما مجهولا ولكن لم يكن فيه غرر كما فی الموارد التی ذكرناها ·

فهل يتوهم فقيه او متفقه بل عوام انه اذا كان التوضی حرجا على جميع الناس لبرودة الهواء الاّ لشخص واحد لحرارة مزاجه فيكون وجوب الوضوء مرتفعا عنه لكونه حرجا على نوع الناس و ليس كك قطعا وكك المقام وهذا ميزان كلیّ و قد ذكرنا هذه الكبرى الكلية فی غير موارد البحث عن الحكمة و العلة وعدمها فی

غير واحد من المباحث.

وأما اذا كان المدرك هى الأخبار الوارد فى اعتبار الكيل فى المثمن فليس فيها لفظ الغرر حتى نتكلم فى ذلك كدليل نفى الغرر بل لسانها اعتبار الكيل والوزن فى المكيل والموزون وهل تدل على اعتبار الكيل فى المكيل و الموزون مطلقا ،و ان كان الجهل لا يوجب الغرر فى بعض الموارد كما اذا كان للمتبايعين حدس قوىّ يعينّان مقدار المكيل والموزون بالتخمين بحيث لا يتخلف الا نادرا وبالمقدار القليل أو كان مقدار واحد منهما يساوى الاخر فى المقدار ولكن لا يعلمان مقدارهما الواقعى أو كان قليلا بحيث لا يعد فى العرف من المكيل والموزون أصلا كحبة من الحنطة أو مقدار قليل من الدهن أو كان ثقيلا لا يمكن وزنه كزبر من الحديد .

أو أنه لا يعتبر الكيل والوزن الا فيما كانت الجهالة الموجبة للغرر أو يفصّل بينما كان التقدير على نحو يكون معينا لمقدار المبيع فيلتزم بصحته بينما لا يكون كذلك فيلتزم بالفساد الظاهر هو الثانى وتوضيح ذلك أنه لم يرد فى تلك الروايات لفظ الغرر حتى نتكلم فى أنه بأى كيفية حتى نبحث فيه كما عرفت، بل هى دالة على اعتبار الكيل والوزن فى المكيل و الموزون وعلى هذا فلا يصحّ بيع مقدار من المكيل بمقدار آخر منه يساويه ، اذ المستفاد أنه لابد من معرفة مقدار المكيل والموزون سواء كانت الجهالة موجبة للغرر أم لا ،فانه لم يرد فيها لفظ الغرر لنبحث عنه .

و أما اذا عينا العوضين بالحدس القوى والتخمين الذى لا يتخلف الاّ قليل فيصح البيع ، ح فانه من مصاديق الكيل و الوزن فان اعتبارهما ليس من جهة أن لهما موضوعية ،بل من جهة كونهما طريقا الى الواقع و الى تعيين مقدار العوضين و الحدس القوى أيضا مما يعين المقدار كالكيل

و الوزن و على هذا فيلتزم بصحة البيع بالتخمين و هذا نظير اخبار البينة على ان هذا المتاع قد كيل أو وزن فهل يتوهم أحد بعدم اعتبار ذلك من جهة عدم تحقق الكيل و الوزن فيتمسك بالعمومات الدالة على صحة المعاملة

وأما الاشياء التی لا یعد فی العرف من المكیل والموزون فالظاهر عدم اعتبار الكیل و الوزن فیها لخروجها عن المكیل والموزون تخصصا فی نظر العرف فان الاخبار لا تدل الآ على اعتبار الكیل فی المكیل والوزن فی الموزون لا على اعتبارهما فی جنس المكیل والموزون كما فی الربا ، و من الواضح أن الامور المذكورة لیست من المكیل والموزون فی نظر العرف، بل من جنسهما فلا تشملها تلك الادلة واذن یفرق بین المقام وبین جریان الربا فی المكیل والموزون فان ادلة حرمة الربا تدل على جریانه فی جنس المكیل والموزون سواء كان قلیلا أو كثیرا و موزونا فی نظر العرف أم لم یكن كذلك كما هو واضح لا یخفى .

و من هذا القبیل النقود الرائجة فعلا فانها وان كانت من جنس الموزون ویجری فیه الربا ولكن لا یعتبر فیها الوزن فی مقام المعاملة ، بل هی من المعدود كما هو واضح .

و یؤیده بل یدل علیه أنه لو باع أحد ماله بدرهم فظهر أنه ناقص من سائر الدراهم بحبّة أو حبتین فلا یبطل البیع لاجل جهالة الثمن و لا أنه یقسط المبیع ویلتزم بالصحة بما قابل الدرهم و بالفساد بالمقدار الناقص كما أن المعاملة بالدنانیر الفعلیة التی من القرطاس صحیحة و ان كان بعضها ممزّقا ما لم یضر بالرواج فلا یشك أحد أن المزق عیب فیه فیعلم من جمیع ذلك ان النظر فی النقود والاثمان الى الرواج لا الى واقعها و أنها من أی جنس بل یكون للبایع تبدیل ذلك الدرهم بدرهم آخر لو كان

الثمن كلّي الدراهم ويكون له الخيار ومطالبة التفاوت اذا كان شخصيا بل السيرة القطعية قائمة على المعاملة بالنقود المسكوكة معاملة المعدودات، و لا يشك أحد في ذلك، بل لا يلتفتون اليه وكونها مكيلة أو موزونة ، بل و لا يعلم الناس أجمع أو أكثرهم مقدار الدراهم المسكوكة الرائجة الا اذا كان بحسب الأصل مسكوكا على ميزان خاص و مشتهرا بين الناس كالقرانات السابقة في الايران وبالجملة لا نتحمل أن يشك أحد في كون الدراهم و الدنانير الرائجة من قبيل المعدودات ويدل على ماذكرناه من كون النقود من المعدودات صحيحة (١) ابن عبد الرحمن قال قلت لابي عبدالله (ع) أشترى الشيء بالدراهم فاعطى الناقص الحبة والحبتين قال لا حتى تبيّنه ثم قال الاّ أن يكون هذه الدراهم الاوضاحية التي تكون عندنا عددا ·

فانها صريحة في كون الدراهم من المعدودات وأما النهي عن اعطاء الناقص فليس من جهة الجهالة، بل من جهة الغش وقد تقدم أنه حرام في المعاملات·

فتحصل من جميع ماذكرناه ان النقود المضروبة من الفلزات ليست من الموزون، وان كانت من جنسها فلا يعتبر فيها الوزن ولا يضر الجهل بها بصحّة المعاملة ولا يقاس المقام بالربا فانه يجري في كل جنس يكون من المكيل و الموزون ·

ثم أن الظاهر بل الواقع أنه لا يعتبر في الكيل والوزن المعتبرين في الروايات الاّ العلم بقدرهما اجمالا بحيث لا يكونان مجهولين بالكلية كبيع المكيل والموزون بالصخرة المجهولة فانه يبطل بحكم تلك الروايات

---

(١) وسائل : ج ١٢ ص ٤٧٣ ، حد ٧

لكونها مجهولة محضة فيكفی معرفة الوزن و الكيل اجمالا فیصحة المعاملة بحيث لا تكون المعاملة فی العرف مجهولة العوضين والوجه فی ذلك أنه لا نعلمه من ادعی حقيقة الاوزان و المكيال تفصيلا لعدم انضباتها فی الخارج تحقيقا حتی الاوزان الدارجة المضبوطة بالقرام والاوزان القديمة المضبوطة بالمثاقيل فانها تنتهی بالآخرة الی مرتبة مجهولة ، بل لا يعلم بها اهل العرف علی النحو المضبوطة قبل انتهائها الی الميزان الاصلیمن القرام و المثقال حتی يكون مجهولا فی أصل المادة فان نوع اهل العرف لا يدرون أن الحقة أی مقدار وأن الكيلو أی مقدار ، بل لا يلتفت كثيرون بالمثقال و القرام كما هو واضح ، بل يستحيل معرفة الاوزان علی التفصيل لعدم امكان معرفة حقائق الاشياء لغير علاّم الغيوب فالعلم بحقيقة الوزن علی التفصيل يستلزم العلم بحقيقة الاشياء وقد قلنا أنه لا يمكن لغير علاّم الغيوب وهذا واضح جدا ٠

ثم انه اعتبار الوزن والكيل فی الروايات طريق الی معرفة المكيل و الموزون ، فانه لا شبهة فی أنه لا موضوعية لهما قطعا و عليه فلابد وأن يكون كل من المتبايعين عالمين بالوزن الذی يوزن به المبيع ويعين حين اشتراك الاسم بكون المراد منه أی وزن فانه ربما يكون الاوزان المتعددة مسماة باسم واحد فيتخيل المشتری منه الوزن المنسوب الی فلان وكان نظر البايع الی غيره فيكون المبيع مجهولا فتبطل المعاملة للجهالة و مثاله أن الحقة اسم للاوزان المتعددة فاذا كان نظر البايع الی حقة العطاری وهی حقة الاسلام بول وكان نظر المشتری الی حقة النجف فتعاملا علی ذلك فتكون المعاملة باطلة بلاشبهة ، وكذا المن فانه مشترك بين التبريز و الشاهی و النجف و غيرها فاذا باع منّا من الحنطة بدرهم و تخيل المشتری أنه من

النجف الذى ستتحقق وكان نظر البايع الى من التبريز مثلا فانه تبطل المعاملة للجهالة ، بل ربما كان لبلدة واحدة أو قرية واحدة وزن خاص فلابدّ من التعيين حتى لا تكون المعاملة مجهولة .

و بالجملة فالغرض من اعتبار الوزن و الكيل ليس مجرد وزن الموزون و كيل المكيل سواء علم المتبايعان بالحال أم لا ، اذ ليس لهما موضوعية أصلا ، بل الغرض معرفة مقدار الثمن و المثمن اذا كانا من المكيل والموزون و الوزن و الكيل طريقان الى الواقع وعلى هذا فالمناط فى صحة بيع المكيل والموزون معرفة مقدارهما الواقعى ، وعلى هذا فيصحّ بيعهما بغير الوزن و الكيل اذا علما بهما بغير الوزن و الكيل كالحدس القوى كما عرفت و يبطل البيع مع عدم العلم بالواقع حتى مع الوزن و الكيل اذا كانا مجهولين .

أما الكلام فى المعدود فالحكم فيه مثل الحكم فى المكيل والموزون ، بلا خلاف ظاهر كما فى المتن فلابد من اعتبار العدّ فحيث ان الغرض به معرفة مقدار المعدود فيكفى فيه غير العدّ أيضا من الكيل والوزن والحدس القوى الغير المتخلّف كثيرا ويدلّ على اعتبار العدّ فى المعدود وقيام غيره مقامه خبر الجوز الاتى الذى ذكرناه فى اعتبار العلم بالمثمن أيضا ثم أنه لا يهمنّا التكلم فى ان الميزان فى المعدود و الموزون أى شىء لعدم انضباطه ولترتب الفائدة عليه ومع ذلك سيأتى الكلام عليه ، و الظاهر أنه أمر عرفى يختلف باختلافهم ومثل الباذنجان من المعدود كما فى بعض بلاد ايران ، ومن الموزون فى العراق ومثل البرتقال والليمو من الموزون فى بعض البلاد ومن المعدود فى بعضها الاخر وكذا الجوز وهكذا وهكذا فلابدّ فى ذلك من الرجوع الى عرف المحل و البلد كما لا يخفى .

واما المزروع فان قلنا بأن الروايات التى اعتبر الكيل والوزن فى المكيل

و الموزون من جهة الطريق الى الواقع ولزوم تقديرين الثمن و المثمن في المعاملة من غيرخصوصية في المكيل و الموزون ولا في التقديره بالكيل و الوزن كما هو الظاهر فنتعدى الى كل شيء ونحكم بلزوم تقديرفي المعاملة واذن فيجب تقدير المزروع بالزرع ونحوه ويدل على ذلك التقدير في رواية الجوز(١) الاتية ٠

وان قلنا بانه لا يستفاد من تلك الروايات التعميم بل لا بد من الاقتصار بالمورد وأيضا لم يتم دليل نفي الغرر ولا الاجماع المدعى على لزوم تقدير الثمن والمثمن كما لم يتم واذن جاز بيع المزروع بأي نحو كان سواء كان المقدار معلوما أم لا كما لا يخفى ٠

قوله : مسألة لو قلنا بأن المناط في اعتبار تقدير المبيع في المكيل و الموزون ٠

أقول : بعد ماعرفت اعتبار الكيل في المكيل و اعتبار الوزن في الموزون فيقع الكلام في اجزاء كل منهما مكان الآخر وقيل بالجواز مطلقا وقيل بعدمه كذلك والثالث التفصيل وهو القول بجواز الكيل وزنا دون العكس و ليعلم أنه اذا كان المدرك هو دليل نفي الغرر فالمدار في صحة المعاملة و فسادها هو الغرر وجودا وعدما فان كان هنا غرر فيكون موجبا للبطلان و الاّ فلا ،ولا يفرق في ذلك كون المبيع معلوما أو مجهولا كما هو واضح، فلا يقع الكلام في كفاية كل من الوزن و الكيل في مورد الاخر و اما الكلام في المقام مع قطع النظر عن دليل الغرر وبلحاظ الاخبار الواردة في اعتبار الكيل و الوزن فنقول أما القول بالجواز مطلقا نسب الى الشهيد في سلم

---

(١) وسائل : ج ١٢ ،ص ٢٥٩

الدروس واستدل عليه برواية (١) وهب عن الصادق(ع) قال: لا باس بالسلف مايوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن ·

وفيه أولا : أن الرواية ضعيفة السند·

وثانيا : ماذكره المصنف وتبعه شيخنا الاستاذ من كون الرواية راجعة الى جعل ثمن المكيل موزنا وثمن الموزون مكيلا لا الى جريان كل منهما في الاخر فلا يكون مدركا للجواز·

ثم انه لا شبهة في ان لكل من الوزن والكيل دخلا في مالية الاشياء المكيلة أو الموزونة وأن يختلف قيمة الاشياء باختلاف الوزن والكيل، وعليه فاذا كان لحجم الشيء دخل في المالية لا يكفي الوزن عن الكيل، بل لا يعلم به أن مايكون ماليته بالكيل أي مقدار مثلا لوكان بيع الاجر بالمكيل فيعلم أن المقدار الفلاني من الاجر له مالية كذا ولكن اذا وزن ولم يعلم انه أي مقدار من الوزن يساوي بذلك المقدار حتى يعلم أن له هذا المقدار من المالية وهذه الكبرى الكلية مستفادة من الاخبار الواردة في اعتبار الكيل والوزن·

وربما يقال بجواز بيع كل منهما بالاخر لقوله(٢) (عليه السلام) :وما كان من طعام سميت فيه كيلا لا يجوز بيعه في زقة فان بيع الكيل بالوزن ليس من بيع الجزاف لكون الوزن طريقا اليه بل هو الاصل في تقدير الوزان·

وفيه قدعرفت أن للكيل والوزن دخلا في مالية الاشياء فما كانت ماليته بالكيل لا يجوز بيعه بالوزن لعدم ارتفاع الجهالة به كماعرفت·

---

(١) وسائل: ج ١٣ ،ص٦٣ ،باب٧ ،حد ١

(٢) وسائل:ج ١٢ ،ص٢٥٤ ،باب ٤ ،حد ٢

و قد يستدل عليه بموثقة (۱) سماعة قال سألته عن شراء الطعام و ما يكال ويوزن بغير كيل ولا وزن ،فقال :أما أن تأتی رجلا فی طعام قد كيل ووزن تشتری منه مرابحة فلا بأس ان اشتريته منه ،ولم تكله ولم تزنه اذا كان المشتری الاول قد أخذه بكيل أو وزن وقلت له عند البيع انی اربحك كذا وكذا وقد رضيت بكيلك ووزنك فلا بأس ٠

وفيه انه لا دلالة فی الرواية علی ذلك ،فان الظاهر من الرواية أن اتيان الكيل والوزن علی سبيل اللّف والنّشر وكان نظر الامام(ع) الی اعتبار كل من الوزن و الكيل فی كلّ من الوزن والكيل وليس نظره(ع) الی كفاية كل منهما عن الاخر ويؤيد ذلك التعبير بلفظ أو فی ذيل الرواية فيكون الظاهر من الرواية أن كلّ من الكيل و الوزن معتبر فی كل من المكيل و الموزون فمفهوم القضية الشرطية أنه اذا لم تشتر المكيل بكيل والموزون بالوزن فيكون باطلاق فاطلاق المفهوم شامل لبيع المكيل بالوزن و بيع الموزون بالكيل فيحكم بعدم الجواز ويقرّب ماذكرناه من اللّف والنّشر أنه(ع) عطف الوزن علی الكيل بقوله (عليه السلام) فی طعام قد كيل ووزن اذ ليس من المحتمل اعتبارهما معا فی المكيل والموزون ٠

و بالجملة الظاهر من الرواية أن الوزن و الكيل كل منهما دخيل فی مالية المكيل و الموزون فلا يكفی الكيل بالوزن و كذلك العكس ٠

و أما القول بالتفصيل فاختاره المصنف (ره) وقال :بكفاية الوزن فی المكيل و بعدم كفاية الكيل فی الموزون بدعوی أن الوزن أصل الكيل و اضبط وانما عدل اليه فی المكيلات تسهيلا فلامانع من القول بكفاية الوزن

---

(۱) وسائل :ج ۱۲ ، ص ۲۵۷ ،حد ۷

عن الكيل بخلاف العكس لكونه فرعا على الوزن ۰

و فيه قد عرفت أن الظاهر من الموثقة هو اعتبار كل من الوزن والكيل في المكيل و الموزون على سبيل اللّف و النّشر وأن كل منهما على نحو الاستقلال دخيل في مالية كل من المكيل والموزون بحيث ربما تضطرب مالية المكيل بانعدام الكيل وان كان يوزن بالوزن كما مرّ في مثال الاجر وكذلك العكس وليس كل مايكال يكون معلوم المالية بالوزن عند العرف ، وكذا العكس ۰

وماذكره من أن الاصل في تعيين مقادير الاشياء هو الوزن و انما جعل الكيل طريقا اليه تسهيلا فهو كذلك ،ولكن لا يعلم أنه أي وزن كان أصلا وأن كيل كان طريقا له مع اختلاف الاوزان باختلاف المالك و البلاد بل في بلدة واحدة أوزان مختلفة فاذا فرضنا أن متاعا يباع بالكيل فقط و يعلم حجمه و مقدار ماليته تفصيلا بحيث لا يتلفت اليه العرف الاّ بالكيل و اذا بيع بالوزن لكونه أصلا في تعيين المقدار فلا يعلم أن أي مقدار من المتاع وقع مقابل أي مقدار من الثمن مثلا اذا فرضنا أن أحدا باع دارا بالوزن بمعنى أنه باع الاجر والجص بوزن معين أن يجعل هذا المقدار دارا بمبلغ معيّن الى أن يخلص هذا المقدار مع أنه لا يعلم المشتري أي مقدار من الثمن قد حصله فانه لا يدري أن هذا المصاح تصير قبةأوقبتين وهكذا في كل مورد اعتبر المبيع بالكيل فباعه البايع بالوزن ويصحّ ما ذكرناه بملاحظة ماوقع الاختلاف الكثر في الأوزان بحيث من جرّب يعلم أن وزن بقالين لا يتساويان وعلى هذا فالقول بعدم الجواز مطلقا أوجه الاّ أن يكون الكيل طريقا الى الوزن فحينئذ يتجّه كلام المصنف بان كان الوزن صعبا خصوصا في الموازين القديمة فح يوزن كيل واحد ويحاسب الباقي

على حسابه ويدل على ذلك رواية (١) عبد الملك بن عمرو قال: قلت لابى عبدالله (ع) اشترى مأة راوية من زيت. فاعترض راوية أو اثنين فاتزنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك، قال لا بأس فانه يجعل الوزن ح طريقا الى الكيل مع العلم بأن الكيل أى مقدار من الوزن فلايقاس ذلك بغيرماجعل الكيل طريقا ففى هنا يتجّه ماذكره من ان الوزن أصل فى تعيين المقادير كما لا يخفى.

فانه ح يحصل الاطمئنان بالمقدار نظير تعيينالمبيع بالحدس القوى أو بالبينة أو تصديق البايع فى اخباره عن الكيل والوزن فان فى ذلك كله يحصل الاطمئنان بالواقع وبمقدار المثمن.

وعلى هذا فلايفرق فيما يظهر التفاوت بما يتسامح أو بما لا يتسامح فان فى كلا الموردين قد حصل الاطمئنان بالمقدار ويجعل الكيل طريقا الى التعيين غاية الامر فاذا ظهر التفاوت بما لا يتسامح كأن ظهر فى مأة راوية التى مائة امنان مثلا التفاوت بعشرة امنان فيكون للمشترى الخيار.

ومن هنا ظهر أنه لاوجه لما اشكل به شيخنا الاستاذ على المصنف حيث قال وأما اذا لم يكن طريقا مضبوطا اليه بل يتخلّف بما لا يتسامح فيه فلا معنى لجواز جعله طريقا والبناء على ذلك المقدار لأن البناء عليه لا يخرجه عن الجهالة والاّ لصح بيعا لموزون مشاهدة مع البناء على أنه مقدار خاصّ وحاصل الكلام أن نيّة كون شىء طريقا أو لحاظ كونه أصلا أو البناء على كونه مقّدرا بمقدار خاصّ ونحو ذلك من الامور البنائية والقلبيـــة لا أساس لها فى باب المعاملات.

---

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٥، باب ٥، حد ١

ووجه الضعف أنه ليس كون الكيل طريقا الى الوزن مع الاطمئنان بالمقدار المعين الواقعي سواء ظهر فيه تفاوت بما يتسامح أو بمالا يتسامح من قبيل مجرّد البناء على ذلك المقدار فليس لهذا الاشكال وجه اصلا .

قوله : ثم انه قد علم مما ذكرناه أنه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الاخر كالحقة والرطل و الوزنة باصطلاح أهل العراق الذى لا يعرفه غيرهم خصوصا الاعاجم غير جايز .

أقول : حاصل ماذكره أنه لو كان الوزن أو الكيل معلوما عند أحد المتعاملين دون الاخر كالحقة والرطل و المن والوزنة باصطلاح أهل العراق مع عدم معرفة غيرهم بها خصوصا الاعاجم فهو غير جائز فانه لا يصدق في العيار مجرد صدق أحد هذه العناوين عليه فان ذلك ليس الا كوضع الصخرة الغير المعلومة على الميزان و الوزن لها .

أقول : الظاهر أنه غير تمام لماذكرناه سابقا من كفاية العلم الاجمالي بالوزن ولو بمشاهدته أن هذا حقة أو وزنة أو غيرهما وأن كل حقة من الارز مثلا بقيمة كذا بحيث يرى المشتري ذلك ويعامل على طبق هذا الموجود الخارجي بحيث يصدق أن بيع هذا الطعام ليس بمجازفة ، بل بيع بالوزن أو الكيل وان لم يعلم أحدهما مقدار الوزن تحقيقا و على جرت السيرة القطعية حيث يرد المسافر على بلد وشرى منهم المتاع من غير معرفة مقدار وزنهم تفصيلا بل يعلم اجمالا ان هذا الوزن المشاهد مقابلة من المتاع بقيمة كذا وهكذا بل لا يعرف الموازين تفصيلا حتى مرتبة نازلة من التفصيل الحقيقي بحيث يكون فيه تسامح قليل شخص البلدى ، بل شخص من بيده الميزان فان البقال يعرف أن هذه وقعية أو حقة أو وزنة وأما أن كل منها أيّ مقدار من المثقال أو القرام فلا يعرفه هو أيضا ، بل لو عرفه و بالاخرة

یصل الی مرتبة لا یعلم أنه أی مقدار کالمثقال و القرام ·

و بالجملة لا وجه لما قاله المصنف من عدم کفایة الوزن مع علم أحدهما دون الاخر کاوزان العراق وعلی هذا فیصح معاملة الزوار الذین یجئون الاعتبات المقدسة ویعاملون مع أهلهم باوزان لا یعرفون مقدارها ·

نعم قد تقدم سابقا بطلان المعاملة فی صورة واحدة وهو أن یبیع کلیّا مثلا من الحنطة ونحوه علی حساب کل من بدرهم أو کل حقة بدرهم فلا یعرف من الوزن الاّ اسمه فقط، من غیر علم به بالمشاهدة ونحوها فتکون باطلة لکونها معاملة جزافیة وهذا غیر ماذکرناه ·

وبالجملة المدار فی صحة بیع الموزون والمکیل الذی غرضنا من الروایة هو صدق البیع بالوزن أو الکیل بحیث یعرف کل منهما أنه کیل أو وزن وأما معرفتهما تفصیلا فلیس لها فی الروایات عین ولا أثر کما هو واضح ، فافهم ·

وأما المعدود فالکلام فیه بعینه مثل کلام فی المکیل والموزون فبالنسبة الی أصل اعتبار العدد فی المعدود قد تقدم الکلام فیه وقلنا أن صحیحة الحلبی (١) عن ابی عبد الله (ع) یدل علی ذلک حیث سئل عن الجوز لا نستطیع ان نعده فیکال بمکیال ثم یعد ما فیه ثم یکال ما بقی علی حساب ذلک العدد قال لا بأس به . فان الظاهر منها أن اعتبار العدد فی المعدود مفروغ عنه وانما سأل السائل عن کون الکیل طریقا الیه أو انه لا یکال ، بل للعدّ موضوعیة فی المعدود وأیضا یدل بالتقریر علی جواز کیل المعدود وبیعه ووزنه ولیس للعدّ موضوعیة فی ذلک وهذا لا اشکال فیه أیضا ·

و لکن بقی فی الروایة شیء وهو ان التقریر لکفایة الکیل عن العدّ و

---

(١) وسائل : ج ١٢ ، ص ٢٥٩

ان كان مسلما ولكن الظاهر من الرواية اختصاصه بصورة الاضطرار، حيث سئل السائل عن ذلك عند عدم الاستطاعة فلا يجوز في غير حال الضرورة.

و فيه أن الرواية وتقريره(ع) غير متوجة الى فرض القدرة من العدد فانه ليس مفروض السائل فانه مع التمكن لم يكن له داعى لبيع المعدود بالكيل، بل كان يبيعه بالعدّ ولذا سأل عن صورة عدم القدرة و هذا لا يدل ان بيع المعدود بالكيل أو الوزن لا يجوز، بل يجوز مع كونه طريقا اليه كما هو واضح للعلم بان الكيل والوزن والعدّ ليس لها موضوعية بحيث لو اخبر المعصوم به او قامت البينة على التعيين أو علما بالحدس القوى لكان باطلا وعلى هذا فتمسك بالعمومات في غير ما لم يثبت فيه قيد خاص هذا فيما كان الكيل أو الوزن طريقا الى المعدود واما كفاية كل منهما عن الاخر استقلالا فذكر المصنف أنه لا يجوز في الكيل بان يبيع المعدود بالكيل و يكفى ذلك عن العدّ واما الوزن فالظاهر كفايته ولم يبين وجه الفرق بينها غير أنه نقل عن ظاهر قولهم في السلم انه لا يكفى العدّ في المعدودات.

الظاهر انه لا وجه في ذلك الفرق فانك قد عرفت أن الظاهر من موثقة سماعة اعتبار كل ما يعتبر ماليته بالوزن أو الكيل وهكذا العدّ لا يجوز بيعه بغيره فانه من قبيل البيع مجازفة اذ لا يعلم أن مقدار ماليته التى اعتبر عليها البيع أى شيء، بل ربما لا يعتبرون البيع مع الجهل بالمالية فان المستفاد من الروايات الدالة على اعتبار الكيل في المكيل والوزن في الموزون والعدّ في المعدود هو ذلك، وانما قلنا بكفاية كل منهما عن الاخر في صورة الطريقية لكونه موجبا لتعيين المالية، وبالجملة وانا قلنا أنه ليس لشيء منهما موضوعية بل كل منهما طريق الى الواقع ولكن المناط كون المالية معلومة والاّ فلا يجوز ولذا لا يجوّز كفاية كل منهما عن الاخر استقلالا كما

هو واضح ،وعلى هذا فلا وجه لتجويز بيع المعدود بالوزن استقلالا ، و الحاصل ان كان هنا طريقية فالمناط جواز بيع المعدود بكل ما يكون طريقا اليه فلاوجه للاختصاص بالوزن والاّ فلا يجوز أيضا مطلقا فلا وجه لاختصاص الكيل بالمنع فافهم .

قوله : بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشىء مكيلا أو موزونا .

أقول : ذكر المشهور أن المدار فى كون الشىء مكيلا أو موزونا ماهو المتعارف فى زمان الشارع، فان ماكان مكيلا فى زمانه فمكيل الى يوم القيامة وماكان موزونا فى زمانه فموزون الى يوم القيامة وكذلك المعدود .

وأما الاشياء التى لم تكن فى زمانه من قبيل المكيل و الموزون ، أو المعدود فللمدار فيها ما هو المتعارف فى العرف العام ، و الاّ فما هو المتعارف فى كل بلد، وذكروا ذلك أيضا فى بيان الجنس الربوى .

و لكن القول بهذا الرأى وحمل الاخبار الواردة فى المسألة عليه يستلزم الالتزام بامر مستحيل فانه اذا كان المدار فى كون الشىء مكيلا أو موزونا أو معدودا هو زمان الشارع وزمان الائمة (ع) كانت القضية خارجية ، وعليه فما يتعارف كيله أو وزنه فى ذلك الزمان لا يدخل تحت أحد العناوين الى يوم القيامة .

واذا كان المدار فيها متعارف كل زمان ، بل كل بلد من غير توجه الى ماهو المتعارف فى زمان الشارع كانت القضية حقيقية وعليه فما هومكيل فى زمان الشارع يمكن ان يكون موزونا فى زمان آخر و بالعكس ، بل قد يكون معدودا وعلى هذا فعرف كل زمان هو الميزان فى تعيين المكيل والموزون و المعدود .

و الجمع بين الامرين فى انشاء واحد مستحيل فانّ النظر فى القضية

الخارجية الى دخل الخصوصيات الخارجية فى الانشاء وعدم كونه على نحو الاطلاق ولا بشرط والنظر فى القضية الحقيقية الى فرض الموضوع مفروض الوجود وجعل الحكم عليه من غير أن تكون الخصوصيات الخارجية دخيلة فى الجعل والانشاء ، فحمل الروايات على ماذكره المشهور حمل على أمر محال كما لا يخفى .

بل ، الظاهر منها هو الثانى وأنها كسائرالقضايا لسبت الا حقيقية و تخصيصها بالقضية الخارجية يحتاج الى عناية زائدة فظهور الروايات يدفعها وعليه فالميزان فى المكيل و الموزون و المعدود هو العرف فى كل زمان الاّ اذا قام اجماع أو ورد نص خاص على اعتبار الكيل مثلا فى جنس خاص كما ورد النص بجريان الربا فى الدراهم والدنانير مطلقا وان كانتا من المعدودات فلو باع احد درهما بدرهمين فتكون المعاملة ربوية مع أن الدراهم من المعدودات فى زماننا بل فى كل زمان كما دلّت عليه رواية ابن عبدالرحمن المتقدمة (١) .

و بالجملة أن الظاهر من قوله (٢) (ع) ماكان من طعام سمّيت فيه كيلا فلا يصلح مجازفة وكذا غيره من الروايات الدالة على اعتبار الكيل والوزن فى المكيل والموزون هو كون القضية حقيقية بحيث يكون الميزان كون الشيء مكيلا أو موزونا فى أى زمان كان .

و الحاصل من أول المسألة المشهور بين الفقهاء أن العبرة فى التقدير بزمان النبى (ص) فما كان مكيلا أو موزونا فيلحق بهما حكمهما الى

(١) وسائل : ج ١٢ ، صفحة ٤٧٣ ، حد ٧

(٢) وسائل : ج ١٢ ، صفحة ٢٥٤ ، حد

یوم القیامة وما لم یتعارف وزنه أو کیله فی زمانه(ص) فالعبرةفیه بما اتفق علیه البلاد وان لم یتفق علیه البلاد فالعبرةفیه بما تعارف فی کل بلدة بالنسبة الی نفسها ·

و قد ذکرنا أن هذا الذی ذکره المشهور مشکل ،بل مستحیل فان الالتزام بأن ما تعارف فی زمان النبی (ص) کونه مکیلا أو موزوناكك الیالأبد سواء خرج عن کونهما مکیلا أو موزونا أم لا ، یقتضی کون القضیة خارجیة ثم الالتزام فیما لم یتعارف وزنه أو کیله فی ذلك الزمان بکون المیزان فیهالعرف العام أو العرف الخاص یقتضی کون القضیة حقیقیة فهما لا یجتمعان فی انشاء واحد فان النظر فی القضیة الخارجیة الی الأفراد الخارجیة فقط ، و ثبوت الحکم لها الی الأبد أی مادام موجودا وفی القضیة الحقیقیة الی وجود الموضوع مطلقا وکونه مفروض الوجود بحیث أنه فی أیزمان تحققوصدق علیه حکمه وفی أی زمان خرج عن کونه مکیلا أو موزونا یرتفع عنه الحکم سواء کان مکیلا فی زمان الشارع أم لم یکن کما اذا ثبت وجوب الاکرام علیالعلماء فانه یدور مدار صدق موضوع فی أی زمان وجودا وعدما فلوکان شخص عالما ثم نسی علمه یرتفع عنه وجوب الاکرام ·

و علی هذا فلا مناص عن حمل الروایات الواردة فی المسألةأما علی القضیة الحقیقیة أو علی القضیة الخارجیة ،ولکن الظاهر منها کون القضیة الحقیقیة اذ لا خصوصیة للاشیاء التی کانت مکیلا أو موزونا فی زمان النبی (ص) أو زمان الائمة (ع) وانما النظر فیها الی بیان حکم کلما یتعارف فیه الکیل والوزن ویدّل علی ذلك قوله(ع) وما من طعام سمّیت فیه کیلا أو وزنا لا یجوز بیعه مجازفة ، وعلیه ما تعارف کیله أو وزنه فی زمان الشارع ان بقی علی حاله فلحقه حکمه والاّ فالمتبع فیه حکم ما صدق علیه العنوان فیکل زمان

بل في كل بلد فلوكان الشيء مكيلا أو موزونا في بلد و معدودا في بلد آخر فلحقه في كل بلد حكمه على النحو المتعارف، نعم لو كان هنا نص أو اجماع تعبدي مصطلح ليكون كاشفا عن رأي المعصوم على مقالة المشهور فيلتزم به كما ورد النص بكون الدراهم و الدنانير ربويّا مطلقا ولكن الأمر ليس كذلك أما النص فمعدوم وأما الاجماع فغير متحقق فان اغلب القائلين بذلك، بل كلهم عللوا كلامهم بانصراف الادلة والروايات المتقدمة الى زمان من صدر منه الحكم ولا يشمل غير زمانه فكشف الاجماع التعبدي من مثل هذه الكلمات من الأمور الصعبة.

فتحصل ان الميزان في كون الشيء مكيلا أو موزونا هو ما صدق عليه المكيل و الموزون في أي زمان كان فانه ح لحقه حكمه.

و من هنا ظهر أنه لو عاملا في بلد وكان المبيع في بلد آخر فالعبرة ببلد فيه وجود المبيع كما ذكره المصنف لصدق عنوان المكيل أو الموزون أو المعدود عليه فلحقه حكمه.

و لو تعاقدا في الصحراء رجعا الى حكم بلدهما. ولو تعاملا في البر بين البلدين واختلف عرفهما في كون ذلك الشيء من المكيل أو الموزون وشك في لحقوه بهما فيرجع الى عمومات صحة العقد فان المقدار الثابت من المخصص انما كان مكيلا أو موزونا أو معدودا لا يجوز بيعه مجازفة وهذا المتاع الموجود في الصحراء ليس بمكيل قطعا لعدم لحوقه باحدي البلدين كما يكفي في عدم المكيلة عدم اللحوق و على هذا فيتمسك بالعمومات فيحكم بصحة المعاملة عليه مجازفة فلا يكون من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية لعدم كون الشك في كونه مكيلا أو موزونا وانما الشك في اعتبار الشارع الكيل هنا والا فهو ليس بمكيل قطعا كما عرفت.

الكلام فی الاعتماد باخبار البایع بقدر المثمن

قوله : مسألة : لو أخبر البایع بمقدار المبیع جاز الاعتماد علیه ·

أقول : تحقیق المسألة فی ضمن جهات الاولی ،أنه لا شبهة فی جواز الاعتماد علی اخبار البایع فی مقدار المبیع کیلا أو وزنا ،بل فی بعض الکلمات دعوی الاجماع علیه وقد وردت علیه أخبار عدیدة کما عرفت،ولا ینافیه ما تقدم فی صحیحة (١) الحلبی (فی رجل اشتری من رجل طعاما عدلا بکیل معلوم وأن صاحبه قال للمشتری اتبع منع هذا العدل الاخر بغیر کیل فان فیه مثل الاخر الذی اتبعت،قال لا یصلح الا بکیل ،قال وماکان من طعام سمّیت فیه کیلا ،فانه لا یصلح مجازفة) لأن اخبار البایع فی الروایة کان مستندا الی الحدس دون الحسّ بالکیل والاخبار عنه وقد حملها المصنف علی وجه آخر وقدعرفت عدم صحته ،والحاصل أن أصل الحکم مما لا ریب فیه ·

الجهة الثانیة أن الظاهر من الروایات الدالة علی جواز تصدیق البایع فی أخباره بالکیل أو الوزن هو کون الاخبار طریقا الی الواقع بحیث یحصل الاطمئنان أو الظن المعتبر بکونه مکیلا أو موزونا ویدل علی ذلك روایة (٢) أبی العطارد وفیها قلت فأخرج الکر والکرین ،فیقول الرجل أعطیته بکیلك فقال اذا ائتمنك فلا بأس ·

ومرسلة (٣) ابن بکیر فی رجل سأل أباعبدالله (ع) عن الرجل یشتری

---

(١) وسائل : ج ١٢ ،ص ٢٥٤

(٢) وسائل : ج ١٢ ،ص ٢٥٧ ،حد ٦

(٣) وسائل : ج ١٢ ،ص ٢٥٦ ،حد ٣

الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل فقال(ع) :اما أن يأخذ كله بتصديقه واما أن يكيله كله ٠

و الروايتان وان كانتا ضعيفتين من حيث السند ولكن لا بأس بهما في مقام التأييد ، على أنه لو لم يكن اخبار البايع هنا من باب الطريقية فلابد وأن يكون مأخوذا اما من باب الموضوعية أو على نحو الاشتراط بأن كان اخباره بالمقدار شرطا في البيع بحيث لو لم يكن كذلك يكون المشترى مختار في الفسخ والامضاء أما الاول فهو بعيد جدا فان لازمه صحة البيع بمجرّد الاخبار بقدر الثمن وان كان المخبر ممن لا وثوق في اخباره أصلا بحيث لا يرفع اخبار الجهالة عن المبيع ولا يخرج البيع عن الجزافية مع أنه لا يمكن الالتزام به ٠

وأما الثاني فلأنه لو كان الاشتراط رافعا للجهالة ومصححا للبيع و موجبا لخروجه عن الجزافية لكان صحيحا بدون الاخبار بأن اشتراط أنه لو كان المبيع أقل من المقدار المعين كان المشترى مختارا في الفسخ والامضاء وأيضا لا يمكن الالتزام به فان اطلاقات الروايات بطلان بيع الجزاف مع الاشتراط وعدمه كما لا يخفي و اذا فلابد من اخذ الاخبار طريقا الى بيان مقدار المبيع بحيث يكون رافعا للجهالة و الغرر والاّ فيبطل لكونه بيع جزافي و قد تقدم أن ما كان مكيلا أو موزونا فلا يصحّ بيعه جزافا ٠

الجهة الثالثة : ما تبين الخلاف في المبيع اما بالنقيصة أو بالزيادة فهل يحكم بالبطلان كما احتمله في جامع المقاصد فيما باعه ثوبا على أنه كتان فبان قطنا ثم رده أو يكون البيع صحيحا ويثبت الخيار للمشروط له ففي المقام جهات من البحث :

الجهة الاولى : في صحة المعاملة وبطلانها وقد اختار المصنف

الصحة مع الخيار ،وتوضيح ذلك أنا قد ذكرنا مرارا عديدة أن الهيولا سواء كانت أولية أو ثانوية فى مقابل الهيولى الاولى فتشمل الثالثة و ما فوقها نظير المقولات الثانوية المقابلة للمقولات الأولوية ليست لها قيمة أصلا و انما هى بالنسبة الى جميع الاشياء حتى التراب متساوية الأقدام، بل القيمه للاشياء بحسب أوصافها الموجبة للمالية و ان كان نفس الاوصاف لا تقابل بالمال ،وانما هى واسطة لثبوت المالية على المواد والهيولى وعلى هذا فاذا تخلفت الاوصاف فى المبيع فان كانت من الاوصاف المقوّمة المعدودة فى نظر العرف من الصور النوعية سواء كانت بالدقة أيضا من الصور النوعية أم لا .فيكون البيع باطلا فان ما هو الموجود فى الخارج لم يبع وما هومبيع غير موجود فى الخارج كما اذا باع انسانا فبان فرس أو باع عبدا فبان أنه أنثى فان ما هوعنوان للمبيع و مقوّم له فى نظر العقل فى المثال الاول و فى نظر العرف فى المثال الثانى قد تخلف عن المبيع فيكون البيع باطلا و هكذا فى جميع موارد تخلّف العنوان عن المعنون ولو فى نظر العرف فانهم يرون العبد مع الأمة جنسا مختلفا وان كانا فى الحقيقة جنسا واحدا ،فان الرجولة والانوثة من العوارض والعناوين الغير المقومة فى نظر العقل، و لكنها من العناوين المقومة فى نظر العرف.

وأما اذا كانت الاوصاف من العناوين الغير المقومة فى نظر العرف، كوصف الكتابة والخياطة والنجارة فى العبد فلايكون تخلّفها موجبا لبطلان البيع ومن قبيل تخلف العنوان عن المعنون فيكون البيع صحيحا مع الخيار و فى المقام أن المبيع وان كان خمسة أمنان من الحنطة فظهر أنه ثلاثة امنان ولكن عنوان الخمسة ليس من العناوين المقومة بحيث يفوت المبيع بالكلية بانقضائه ،بل المبيع الذى وقع عليه البيع موجودا وانما انتفى عنه

وصف انضمامه بالمقدار الزائد ،فيكون البيع فی الحقيقة منحلا الى بيوع متعددة فان معنى بعتك هذه الحنطة التى عشرة أمنان بعشرة دراهم أن كل منّ منها بدرهم غاية الأمر أن كل بيع مشروط بانضمامه الى البيع الاخر فاذا ظهرت الحنطة خمسة فيكون البيع بالنسبة الى الخمسة باطلة لما تقدم ،وبالنسبة الى الخمسة الموجودة صحيحة مع خيار تخلف الوصف و الشرط أی عنوان الانضمام ·

و بالجملة أن احتمال البطلان هنا فاسد وقياس المقام بباب تخلف العنوان عن المعنون قياس مع الفارق ·

الجهة الثانية :فی أن الخيار الثابت هنا للمشتری أو للبايع هل هو خيار تخلّف الوصف اعنی ماذكرناه من انضمام هذا البيع ببيع الزائد عن المبيع الموجود أو خيار آخر كخيار الغبن و العيب مثلا ·

عبر العلامة فی القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبايع مع الزيادة ،و للمشتری مع النقيصة بقوله تخير المغبون و تخيل بعض تبعا لبعض الاخر أن هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء معللا بأن خيار الوصف انما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف فی العقد ·

واشكل عليه المصنف باندفاعه بتصريح العلامة فی هذه المسألة من التذكرة بأنه لو ظهر النقصان رجع المشتری بالناقص و فی باب الصرف من القواعد بأنه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر البايع تخير المشتری بين الفسخ و الامضاء بحصة معينة من الثمن ·

و أما التعبير بلفظ المغبون ليس من جهة كون النقص أو الزيادة غبنا لهما اصطلاحا فانه عبارة عن التفاوت فی القيمة السوقية ،بل من جهة ارادة النقص و التضرر وان الخيار ثابت لمن نقص من مالية ماله وحصل

له الضرر فی هذا البیع لأجل الزيادة أو النقيصة ·

وبعبارة أخرى أن غرض العلامة من هذا التعبير تعميم الخيار لكل من البايع في صورة الزيادة والمشترى فى صورة النقيصة والمجوّز لهذا الاطلاق هو الاعتبار بنقص مالية ماله فى المعاملة و حصول الضرر لهما و الاّ فالخيار من جهة تخلّف الوصف فقط فيكون الخيار خيار تخلف الوصف و الشرط الضمنى ·

و أما ما ذكره بعضهم من أن خيار الوصف انما يثبت مع التصريح بالوصف فى العقد ففيه أن هذا في الأوصاف الخارجية التى لا يشترط اعتبارها فى صحة البيع ككتابة العبد وخياطته وأما الملحوظ فى عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ يصح البيع كمقدار معين من الكيل أو الوزن أو العدّ فهذا لا يحتاج الى الذكر وكذا الشروط الضمنية كعدم تبعّض الصفقة وعدم فوات الانضمام و عدم حصول الشركة فيه الى غير ذلك من الشروط الضمينة التى اعتبرت في المعاملة بحسب بناء العقلاء وان لم تكن مذكورة فى ضمن العقد كما هو واضح فتحصل أن الخيار هنا هو خيار تخلف الشرط دون خيار الغبن و تعبير العلامة بثبوت الخيار للمغبون لا يكون دليلا على كونه خيار غبن مع ما عرفت أن مراده تعميم الخيار للمتضرر منهما دون الغبن الاصطلاحى اعنى تفاوت القيمة السوقية ·

الجهة الثالثة : هل هذا الخيار كسائر الخيارات الحاصلة من تخلف الوصف و الشرط بحيث يكون من له الخيار مختارا بين الفسخ و أخذ الثمن أو المثمن والامضاء بدون أن يستحق باسترداد شيء من الثمن أو المثمن أو أنه على غير النسق المذكور وانما يستحق من الخيار استرداد جزء من الثمن أو المثمن و الظاهر أن خيار التخلف هنا كسائر الخيارات الثابتة

لتخلّف الشرط أو الوصف فلا يوجب استحقاق شيء من الثمن أو المثمن غاية الأمر أن الخيار هنا منضم بأمر آخر فهو بطلان البيع في الجزء الزائد في صورة الزيادة وفي الجزء الناقص في صورة النقيصة مثلا لو باع الحنطة على أنها خمسين حقة بخمسين درهما فينحل البيع هنا الى بيوع متعددة أي منها مشروط بالبقية فلوظهرت الحنطة ثلاثين حقة فيكون هنا أمران أحدهما بطلان البيع في الناقص لعدم وجود المبيع أصلا ، والثاني ثبوت الخيار للمشتري في الباقي لتخلّف الشرط الضمني و هو انضمام كل بيع بالبقية وقد انتفى هذا الشرط بظهور المبيع ناقصا فما هو مركز الخيار غير ما هو مركز البطلان فيكون الخيار كسائر الخيارات في تخلّف الشرط و تبعض الصفقة و ما توهم من أن الخيار هنا ليس كبقية خيار تخلّف الشرط فان ذي الخيار هنا يستحق من الثمن مقدار ما يقابل بالجزء الناقص فهو ناشئ من الخلط بين الأمرين كما هو واضح .

و بالجملة فكما للمشتري خيار تبعض الصفقة في سائر الموارد وكك هنا ومرجعه الى خيار تخلف الشرط و الوصف .

الجهة الرابعة : هل يثبت الخيار للبايع في صورة زيادة المبيع عن المقدار الذي أخبر به البايع كما أنه ثابت للمشتري في صورة النقيصة أم لا قد عرفت من العلامة في القواعد من التعبير عن ثبوت الخيار لهما بقوله تخيّر المغبون و لكن الظاهر أنه لا خيار للبايع ، بل هو للمشتري في كلا الصورتين أي صورتي الزيادة والنقيصة أما في صورة النقيصة فقد عرفت ثبوته للمشتري من جهة تخلف الشرط ، وأما في صورة الزيادة فربما يتوهم ثبوت الخيار للبايع من جهة أنه صار شريكا مع المشتري في المتاع و فيه أنه و أن صار شريكا مع المشتري بنحو الاشاعة الاّ أن كل شركة لا تقتضي ثبوت الخيار

و ان کان عیبا وذلك لعدم دخوله تحت الالتزام العقدی الضمنی ، نعم لو باع عبدا مریضا مثلا فبان أنه صحیح فله الخیار وهکذا کل شیء دخل تحت الالتزام العقدی ولو ضمنا ٠

و أما ثبوت الخیار للمشتری فواضح لکون الشرکة عیبا فی المتاع الذی اشتراه فیکون مختارا فی الفسخ و الامضاء وان شئت فارجعه الی خیار تخلف الشرط فان الشرط الضمنی موجود فی عدم تعلق حق الغیر بالمبیع وکون المشتری مستقلا فی التصرف فیه و من الواضح أن حق القسمة للشریك البایع یمنع عن استقلال المشتری فی التصرف فی المبیع کما هو واضح لا یخفی ٠

فتحصل مما ذکرناه أن بیع المکیل والموزون لا یجوز بدون الکیل و الوزن للروایات الدالة علی اعتبارهما فیهما وکذلك المعدود للروایة الدالة علی تقریر الامام(ع) فهم السائل اعتبارهما فیهما حیث اجاب عن سؤاله عن صحة بیع المعدود بالکیل کما لا یخفی علی ما تقدم ،وأما اعتبار الزرع فی المزروع فقد عرفت صحته أیضا و عدم جواز بیعه بدونه لما استفدناه من الروایات الدالة علی اعتبار الکیل والوزن فی المکیل والموزون من عدم الخصوصیة لهما بل هما طریقان الی تعیین مالیة الشیء و مقداره ومن الواضح أن الزرع أیضا یعیّن مقدار مالیة المزروع کما هو واضح جدا ٠

و أما ما لا یعتبر فیه الوزن والکیل والزرع کالالبسة والاراضی والدور ونحوها من مختلفة الأجزاء ،فالظاهر کفایة المشاهدة فیه کما ذکره المحقق فی الشرایع والعلامة فی التذکرة فتوجب المشاهدة رفع الجهالة والغرر فی المبیع بناء علی اعتبار العلم بمقدار العوضین کما تقدم والآ فلا وجه لاعتبارها أیضا فی بیع مختلفة الأجزاء کما عرفت٠

و الوجه فی ذلك أن المناط فی اعتبار العلم بالعوضین هو تعیین

مقدارهما ليسلم البيع عن الغرر والمجازفة ومن الواضح أن المشاهدة أيضا طريق الى تعيين مالية الشيء فيما لا يمكن فيه الأمور المتقدمة .

وعليه فلا يثبت الخيار للمشترى اذا حصل التفاوت بمقدار يسير يتسامح فيه عادة وأما اذا ظهر فيه التفاوت بما لا يتسامح فلا يخرج البيع عن بيع الغرر والمجازفة وحينئذ ان اعتبرنا العلم بالعوضين فى صحة البيع وعدم الغرر فيها فيكون باطلا والاّ فيكون صحيحا مع ثبوت الخيار للمشترى

ومن هنا اشكل المصنف على العلامة من حيث عده بيع قطيع من الغنم من ذلك فان التفاوت فى ذلك قد يكون بما لا يتسامح فيه وكذلك اذا باعها معدودا نعم بيع كل واحد من الاغنام بالمشاهدة لا بأس به لعدم الغرر فيه .

الكلام فى بيع صاع من الصبرة

قوله : مسألة : بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرقها أو ذراع من كرباس أو عبد من عبدين وشبهه ذلك يتصور على وجوه .

أقول : قد قسم المصنف بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء الى اقسام فلا يعلم أن نسبة المبيع الى الجملة أى شيء .

الاول : أن يكون المبيع كسرا مشاعا ولعله بيّن معنى كسر المشاع بحيث يبيع منّا من الحنطة فلا يعلم أن نسبة المنّ الى الحنطة أى شيء أهى بالنصف أو بالثث أو أقل أو أكثر سواء كانت الحنطة فى موضع واحد أو فى مواضع عديدة فلا يشترط فى ذلك العلم بان الصبرة أى مقدار من الصاع و هذا لا شبهة فى صحته لعدم وجود ما يوجب بطلان المعاملة أما الغرر فمنفى

لعدم الجهل بالمبيع غاية الأمر أن نسبة المبيع الى المجموع مجهولة و كك لا ابهام فيه أيضا كما عرفت وأيضا لا مجال لان يقال أن صفة الملك تحتاج الى محل موجود لتقوم به وهو منفى هنا لماعرفت وجوده فى الخارج ، غاية الأمر لا يعلم نسبته الى المجموع ومن هذا قبيل بيع عبد من عبدين أو دار من دارين ، بل بيع نصف العبد ونصف الامة من عبد وأمة فان فى ذلك كله المبيع أمر معين ، بل نسبته الى المجموع أيضا معين فاى وجه للبطلان .

و قد اشكل العلامة على صحة البيع عبد من عبدين ولم يبيّن جهة الاشكال وذكر المصنف وجه الفرق منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد لعدم صحة اطلاق لفظ العبد على نصف هذا العبد ونصف العبد الاخر ولا يكون فارقا فى المقام فان غايته يوجب سقوط اللفظ عن الدلالة فى مقام الاثبات على المراد الواقعى ،فكلامنا ليس فى مقام الاثبات ،بل فى مقام الثبوت وامكان هذا البيع فحيث أمكن ذلك فيمكن ان يكون كلامه مقرونا بالقرائن فبواسطة القرائن يفهم المراد أو يصرح على كون البيع بنحو الاشاعة وتوهم ان لفظ الغلط يضرّ بالانشاء فاسد لما عرفت مضافا الى فساد أصل المبنى أنه يضرّ اذا كان نفس الانشاء بالالفاظ المغلوطة وأما اذا كان الغلط فى الفاظ المتعلق بحيث يكون اللفظ الدال على متعلق البيع غلطا فلا يتوهم أحد أنه يضّر بالانشاء و مما ذكرناه ظهر أنه لا فرق فى صحة البيع هنا بين كون المبيع متساوية الاجزاء أو مختلفة الاجزاء فيصح بيع نصف من العبد ونصف من الامة ونصف من هذا الدار ونصف من الدار الاخرى مع انها ليست متساوية الاجزاء ، بل وكذلك بين نصف من الدار فانها ليست متساوية فان فى ذلك كلّه لا جهالة فى المبيع ولا شيء آخر مما يوجب البطلان

القسم الثانى :أن يكون المبيع كليّا فى الخارج مقابل الكلى فى الذمة

وهذا هو القسم الثالث فى كلام المصنف وانما قدمناه لتوقف معرفة القسم الثانى على القسم الاول و الثالث، بيان ذلك أن المبيع تارة يضاف الى الذمة بأن يبيع منّا من الحنطة فى الذمة بحيث يعتبر العقلاء بمجرد اضافة الكلى الى الذمة مالية له وان لم يكن مالا قبل ذلك وهذا يسمى كليّا فى الذمة .

وأخرى يكون المبيع كليّا فى الخارج بأن يبيع صاعا من الصبرة الموجودة فى الخارج المعين المقدار بحيث أن المبيع يكون كليّا فى المعيّن الخارجى ،و من هذا قبيل أيضا بيع عشرة امتار من المزروع المقدر بمائة متر فان المبيع كلى الخارجى والفرق بين القسم الأول الذى يسمى بكسر المشاع وهذا القسم الذى يسمى بالكلى فى الخارج أن المبيع فى القسم الاول موجود فى الخارج بحيث لو تلف مجموع الحنطة للبايع تلف المبيع أيضا وهذا بخلافه هنا فان المبيع هنا كلّى مضيق ينطبق على الأمنان الخارجية فاذا تلفت الصبرة لم يتلف المبيع ولم يبقى منها الا بمقدار المبيع فيكون المبيع منطبقا عليه واذا تلفت الصبرة اجمع فيكون للمشترى حق الفسخ قبل القبض و يذهب من كيسه بعده و هذا ألقسم أيضا لا شبهة فى صحته لعدم تمشى بشىء من الوجوه المذكورة للبطلان هنا ،فان المبيع كلّى معين غايته مضيق بما فى الخارج من غير أن يكون فيه ابهام وجهالة أصلا فلو كان بيع كلى هنّا باطلا كان السلم أولى بالبطلان لعدم وجود ما ينطبق عليه الكلى فى الخارج و بالجملة لا شبهة فى صحة بيع صاع من صبرة بنحو بيع الكلى فى الخارج كما لا يخفى .

القسم الثالث : ان يكون المبيع فردا منتشرا فى الاجزاء الخارجية و مبهما من جميع الجهات والفرق بين هذا القسم والقسم الاول هو أن المبيع فى القسم الاول موجود معين شخصى من غير جهالة فيه و انما الجهالة

كانت فی نسبته الی المجموع وأما فی هذا القسم لیس فیه تعین اصلا فضلا عن كونه فی الخارج وأما القسم الثانی فالمبیع فیه أمر كلّی بغیر تشخص فیه أصلا وهذا بخلاف القسم الثالث فان المبیع لیس كلیّا كالقسم الثانی و لا أمرا موجودا فی الخارج ومتشخصا بالخصوصیات بل هو فرد مردد مبهم و یسمی ذلك بالفرد المنتشر، وقد استدل علی بطلان البیع هنا تارة بالجهالة وأخری بان الابهام فی المبیع مبطل وثالثة بانه موجب للغرر فیكون موجبا للبطلان ورابعا بأن الملك صفة وجودیة محتاج الی محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة فی الخارج واحدهما علی سبیل البدل غیر قابل لقیامه به لأنه أمر انتزاعی من امرین معینین وذهب المشهور الی بطلان هذا القسم من البیع، بل ادعی الاجماع علی ذلك و خالف المحقق الاردبیلی فی ذلك وتبعه المصنف و بعض آخر.

أقول: یقع الكلام فی تصویر هذا أولا بأنه هل یمكن وجود فرد مبهم فی العالم أم لا ،فنقول تارة یراد من الفرد المنتشر الوجود المبهم غیر المتشخص بخصوصیة خاصة فهذا لا شبهة فی بطلان بیعه اذ لا وجود له أصلا حتی فی علم اللّه ولم یخلق فرد یكون موصوفا بهذا الوصف فانّ كلما هو موجود فی الخارج فمتشخص بشخصیة خاصة وبجهات ممیزة بل التشخص عین الوجود علی قول فكیف یعقل أن یكون هنا فردا ولا یكون متشخصا لخصوصیة فان اراد من الفرد المنتشر هذا المعنی المردد وقال الاردبیلی و المصنف بصحة بیع هذا الفرد فهو بدیهی البطلان لما عرفت من عدم وجود مثل ذلك اصلا.

وان ارادوا من ذلك الفرد المنكر أی فردا موجودا بین الأفراد الخارجیة متشخصا بخصوصیة ومتمیّزا فی الخارج بتمیّز خاص بحیث كان عند

الله معينا حتى لو كان هنا معصوم لا خبر بالمبيع ولكن مجهول عند البايع والمشترى كما اذا قال بعتك عبدا من عبدين أو صاعا من صياع هذه الصبرة أو شاة من هذه الشياة فان المبيع وان كان مجهولا عند المتعاملين ولكن ليس مثل الاول غير موجود في العالم وغير مخلوق لله بل له وجود حقيقة فى علم الله بحيث لو عينا كان فردا من هذه الافراد كما اذا قال بعتك عبدا من عبيدى الذى يأتى أولا فان ايا منهم ياتى أولا فهو مبيع ومعلوم عند الله واقعا فان ارادوا هذا المعنى فالظاهر أنه لا شبهة فى صحته ، اذ ليس شىء من الوجوه المذكورة جارية هنا الا الوجه الاول فهوا لجهالة أما الابهام فالفرض ان الفرد المبهم لا وجود له فى الواقع وقلنا أن لما نحن فيه وجود واقعى غايته مجهول عند المتعاملين وأما الغرر فليست المعاملة بغررية أصلا ،فان من المفروض الصبرة متساوية الاجزاء و متساوية النسبة وأما كون الملك صفت محتاجة الى محل موجود فكذلك أيضا أن المبيع موجود فيقوم عنوان الملكيّة الذى أمر اعتبارى بذلك المحل .

وبعبارة أخرى أنه لا شبهة فى توقف البيع على وجود محل يقوم بها ن الملكية وان لم تكن امرا خارجيا وصفت وجودية بل من الاعتبار يأت الاّ أن هذا الامر الاعتبارى لابد له من محل يقوم به ليمكن تبديل المال فى طرف الاضافة فما لا مال فلا اضافة ليمكن التبديل فيها ،نعم فالجهالة موجودة هنا فان تم اجماع ونحوه على بطلان البيع بمثل هذه الجهالة لو كونها موجبة للبطلان فيها والاّ فيحكم بالصحة للعمومات كما هو واضح،واوضح بالصحة لو كان له عبدان فمات أحدهما وبقى الاخر ولم يعرف أنه لمبارك أو الميمون فيقول بعتك العبد الباقى من عبدين فان مثل هذه الجهالة لا تضر بالصحة ولا دليل على كونها مبطلة وتوهم شمول الاجماع عليه فاسد ، فانه

د لیل لبیّ لا یشمل لغیر الجهالة فی المقدار.

وحاصل ماذکرناه فی هذه المسألة هو أن بیع شیء یتصور علی وجوه:

الاول: أن یکون کسر مشاع بمعنی أن یکون المبیع حصّة من الحنطة الموجودة فی الخارج ومتشخصا بخصوصیة ویکون المشتری شریکا له بنسبة خاصة من النصف أو الثلث أو غیرهما وانما یشیر البایع بقوله بعتك منّا من الحنطة الی الشرکة بهذا النحو کما لا یخفی، وهذا لا شبهة فی صحته و لا فرق فی ذلك بین متساویة الأجزاء أو لم یکن ولا بین صحة اطلاق اللفظ علی النصف ونحوه وعدمه فیصح بیع عبد من عبدین علی نحو الاشاعة و ان لم یصح اطلاق العبد علی النصف وذلك لماعرفت فی الفاظ العقود علی اعتبار الحقیقة والالفاظ الصحیحة فی الفاظ العقود، انما هو منحصر بالالفاظ التی یقع به انشاء العقد وأما متعلقات العقود فلا یعتبر فیها الحقیقة، بل لا یعتبر فیها الألفاظ الصحیحة فضلا عن المجاز کما هو واضح.

و بالجملة فبیع کسر المشاع بأی لفظ کان صحیح بلا اشکال ولیس فیه ما یوجب البطلان من الوجوه المتقدمة کالجهالة والابهام و الغرر و عدم وجود المحل لیقوم به الملك.

الثانی: بیع الکلی فی المعیّن الخارجی فی مقابل البیع الکلی فی الذمة وقد تقدم تفصیله واجماله أن یبیع کلیّا معینا مثل المنّ ونحوه من هذه الصبرة الخارجیة من غیر أن یکون المشتری شریکا له فی الصبرة وانما یکون حقه قابلا لانطباق بکل من منها انطباق الکلی علی الفرد حتی لو تلفت الصبرة ولم یبق منها الاّ بقدر المبیع فیکون حقه منطبقا علیه بخلافه فی الأول فان التالف من البایع والمشتری بنسبة حصتهما الی مجموع الصبرة.

و یدل علی صحة هذا البیع مضافا الی المطلقات و العمومات قیام

السيرة القطعية على صحته فان رسم الاصناف من قديم الأيام وحد يثها جار على بيع بعض من المتاع الموجود على النحو الكلى فى المعيّن و كذلك المشترين يشترون هكذا مثلا فيجيىء أحد الى البزاز فيقول له بعنى عشرة طاقات من الثوب الفلانى ويقول البايع بعتك عشرة طاقات، فانه يكون هذا على نحو الكلى فى المعيّن ويدل على صحة هذا البيع مضافا الى الأمرين المذكورين صحيحة(١) الأطنان(ولورود الرواية فى اطنان القصب قد سمها الشيخ صحيحة الاطنان) حيث سأل رجل عن بيع أطنان من القصب الموجود فى الخارج حيث احترق ولم يبق الاّ بقدر المبيع فقال عليه السلام العشرة الاف طن التى بقت هى للمشترى فلا يتم ذلك الا بكون المبيع كليّا لا بنحو الاشاعة وتوهم أنه على نحو الاشاعة ولكن حيث كان التلف قبل القبض فلذا لم يكن التالف من المشترى فان التلف قبل القبض من مال البايع توهم فاسد فان جهة الاستدلال ليس هو ذلك بل كون الباقى مجموعا للمشترى ،فانه لو كان على نحو الاشاعة لكان البايع أيضا شريكا له فى الباقى ولا يفرق فى ذلك قبل القبض وبعده على أن الرواية غير متعرضة بجهة القبض سؤالا وجوابا ٠

الثالث: أن يكون المبيع فردا مبهما مردّدا بين الافراد الخارجية نظير الفرد المنتشر من أن يكون متشخصا بخصوصية خارجية كما فى القسم الاول ولا أمرا كليّا كما فى القسم الثانى فقد ذهب المشهور الى بطلانه و الاردبيلى وبعض من تأخر عنه الى الجواز و أختاره المصنف واستدلوا على البطلان بوجوه أربعة وقد أجاب عنه المصنف كما تقدم ،ولكن الكلام فى تصوير

(١) وسائل :ج ١٢ ص ٢٧٢ ،صحيحة بريد بن معاوية ٠

ذلك فنقول فان أرادوا من الفرد المبهم الفرد المنتشر الذى لا يتشخص بخصوصية خارجية فهذا لا وجود له حتى فى علم الله تعالى ، ولم يخلق بل ولا يخلق أصلا ، بل يستحيل أن يكون موجودا أصلا ، فان الشىء ما لم يتشخص لم يوجد على ما قيد ، بل التشخص عين الوجود فكيف يعقل أن يكون الشىء موجودا فى الخارج ويكون مبهما من جميع الجهات ، و غير متشخص بخصوصية خاصة فلا يمكن أن يكون المبيع أمرا موجودا وفردا منتشرا بين الأفراد الخارجية و عليه فلا يعقل القول بامكانه فضلا عن صحة بيعه أو الاستدلال على بطلانه بأمور متقدمة فان ذلك من أقسام ممتنع الوجود فى الخارج وان أرادوا من الفرد المبهم الفرد المنكر فلا شبهة فى جوازه بحيث ان المبيع موجود بين هذه الصياع مثلا ومتشخص بخصوصية و متميز عن سائر الموجودات فى الخارج الا أنه غير معلوم للمتبايعين و الاّ فان الله تعالى يعلم أن المبيع أى فرد من الافراد الخارجية وأى منها يختاره المشترى عند القبض والاقباض ولو كان هنا معصوم لأخبر به كما اذا قال بعتك عبدا من عبيدى الذى يجنى قبل كلهم أو شاة من الشياة أو صاعا من صياع هذه الصبرة الموجودة الذى نختاره عند الوزن أولا فان فى ذلك كله ان الله تعالى يعلم أن أى فرد منها مبيع فليس مثل القسم الاول ، بحيث أن لا يكون له وجود أصلا حتى فى علم الله تعالى ويستحيل خلقه الى الأبد ويكون داخلا فى ممتنع الوجود وان ارادوا هذا فلا شبهة فى صحته ، ولا يرد عليه شىء من الوجوه الاربعة الاّ الجهالة فان تم اجماع على كونها مبطلة فبها والاّ فيتمسك بالعمومات الدالة على صحة البيع . و يحكم بصحته أيضا وعلى هذا فما ذهب اليه الاردبيلى ومن تبعه بعده متين جدا .

ثم انه بقى الكلام فى تصوير الاشاعة وبيع الصياع من الصبرة على نحو الكلى ،أما الاول فذهب جمع الى ان الاشاعة أن يملك شخصين متاعا بنحو الكلى بحيث أن كل منهما يملك كليّا منطبقا على العين الخارجية فمعنى الشركة على نحو الاشاعة وملك كل منهما كليّا قابل الانطباق على الموجود الخارجى .

و ذهب بعضهم أن معنى الاشاعة أن يملك كل واحد من الشريكين أمرا شخصيّا خارجيا من المال الخارجى المشترك بحيث يكون معينا فى الواقع ومجهولا فى الظاهر الى أن تنتهى التقسيم حتى الاجزاء الصغار ولكن لا يتميز حقيقة كل منهم عن الاخر فى الظاهر وان كان معلوما فى الواقع.

ثم انه ذهب اكثر المتكلمين وبعض الحكماء قبل الاسلام الى وجود الجزء الذى لا يتجزى وأن الجسم مركب من تلك الاجزاء وأن المواد الأصلية للاشياء هى تلك الأجزاء وذهب جمهور الحكماء الى بطلان هذا المذهب وعلى فرض تحققه أن مواد الأشياء ليست هى الأجزاء الغير المتجزى حتى بطلان الجزء الذى لا يتجزى ولا يقبل الانقسام من أبد البديهيات ، و قد برهنوا عليه فى محله ببراهين متعددة منها أن كل ما هو متجز و شاغل للمكان وقابل للاشارة الحسية الملازم للوجود والتشخص فى الخارج فله جهات ست بحيث أن فوقه غير تحته وهكذا وأن الملاقى له من هذا الثوب غير ما يلاقيه من الثوب الأخر وهكذا وان وصل ذلك الشئ فى الصغر الى حد لا يكون شئ اصغر منه بحيث لا مرتبه بعد الآ لعدم فعلية فلامناص من قبوله القسمة وانما عدم الانقسام فى الخارج بواسطة عدم الآلة القطاعة وعليه يترتب بطلان مذهب النظام القائل بتركب الاشياء من أجزاء غير

متناهية لا تتجزی علی أنه يلزم امتناع قطع مسافة معينة فی مدة متناهية الا بالطفرة فان المسافة الواقعة بين المبدء والمنتهی مركب من أجزاء لا تتناهی فلا يعقل قطعهما فی زمان متناه الا بالطفرة الی غير ذلك من البراهين٠

وبالجملة فلاشبهة فی بطلان القول بالجزء الذی لا يتجزی و كون الاجسام مركبا منها٠

و لكن تصوير الاشاعة فی الشركة غير متوقفة علی ذلك فانه قلنا بوجود الجزء الذی لا يتجزی أو بعدمه فالشركة موجودة فی الخارج قطعا وانتهی الی الاجزاء الغير المتناهية بناء علی عدم انقسام الجوهر الفرد اذا عرفت ذلك فنقول أما تصوير الاشاعة علی الوجه الاول أی مالكية كل منهما علی المال بنحو الكلی فی المعين فلاشبهة فی بطلانه فان لازم ذلك أن لا يكون الخصوصيات الموجودة فی العين الخارجی مملوكة للشركاء كخصوصية الدار والارض والحيوانات وغيرها من الاملاك الشخصية و من البديهی انها من أملاكهم فلا يصح ذلك مع القول بكون ماليكيتهم علی نحو الكلی فی المعين فأنه لا يعقل أن يكون الكلی حاويا للخصوصيات وأيضا من جملة أسباب الشركة المزج فلو كان ملك كل من الشريكين علی نحو الكلی فيلزم عدم ملك كل من مالكی الطعامين بالطعام الشخصی مع أن ملكهم كان شخصيا فهذا خلف ويلزم أيضا أن تخرج الخصوصية من كلهم بلا سبب و أيضا لوباع أحد نصف داره من الاخر علی نحو الاشاعة فلازم القول المذكور أنه لو تلفت العين ولم يبق منها الا بمقدار حق المشتری فيكون ذلك متمحضا له و ان قلنا بزوال مالكية البايع عن الحصة الاخری لنفسه فلازمه الغاء ذلك بلا موجب فشیء من ذلك لا يمكن الالتزام به وأما كون كل من الشركاء مالكا

لشخص خاص معين فى الواقع و غير معين فى الظاهر بحيث أى جزء فرضته يكون نصفه الخاص لهذا و نصف الخاص لذلك فهو أيضا باطل فانه يلزم ح أن يكون ملك كل منهما على الشخص الخاص بلا مرجح ومجوّز فيما اذا اشتريا متاعا على الشركة أو انتقل متاع الى الوارث من المورث وهكذا فان فى هذه الموارد كلها أى سبب أوجب ملك هذا بجزء خاص و ملك ذاك أيضا بجزء خاص مع أن نسبة المال كان اليهما على حد سواء فيلزم من ذلك ملك كل منها على شخص خاص دون الاخر تخصيص بلا مخصّص و ترجيح بلا مرجح .

على أنه لو كانت الشركة بمعنى ملك كل من الشريكين حصة خاصة شخصية الى أى مرتبة انتهت لزم فى بعض الموارد أن يكون المال بدون المالك كما اذا فرضنا أن هنا مالا مشتركا بين خمسين واذا قسمناه الى عدد الشركاء خرج عن المالية للقلة كحبة من الحمّص مثلا فالمجموع من حيث المجموع ليس مالا لشخص منهم واجزاء لا يصدق عليها المال فيلزم أن يكون هذا المال بلا مالك فهو بديهى البطلان ، بل ربما يخرج الاجزاء عن الملك لكسرة الشركاء كما اذا اشترك شخاط بين مائة فان كل جزء من المائة ليس بملك أيضا فانه لا يعتبر العقلاء الملكية على ذلك كما لا يخفى وأما الابهام فمضافا الى أنه لم يحتمله أحد أنه غير معقول .

ومحصّل الكلام من الاول أنه لا يعقل تصوير الاشاعة على نحو الكلى فى المعيّن فان لازم ذلك أن لا تكون الخصوصية فى الاعيان الشخصية المملوكة للشركاء مملوكة لهم كالدار والحدائق والبساطين المشتركة بين الشركاء مع أنها مملوكه لهم .

وأيضا اذا حصلت الشركة بالمزج فلزم الغاء مالكيّة الشركاء عن العين

مع أنهم كانوا مالكين بالخصوصيات فأىّ شيء أوجب الغاء ذلك و أيضا لو باع أحد نصف داره من زيد على نحو الاشاعة وصار المشتري مالكا للكلي في المعين فلازم ذلك ان ينحصر حقه بالباقي مع تلف النصف كما هو كذلك في جميع موارد بيع الكلي في المعين مع أن التلف في صورة الاشاعة محسوب منهما بلا خلف فان قلنا بزوال مالكية البايع عن الخصوصية في حصة نفسه فهو بلا موجب فأي سبب أوجب زوال ملكه عنها و صار مالكا للكلي فكل ذلك مما لا يمكن الالتزام به.

و أيضا لا يعقل تصوير الاشاعة على نحو كون كل منهم مالكا للشخص الخاص المعين في الواقع الى أيّ حدّ وصل التقسيم وان كان مجهولا في الظاهر و كل من الشريكين مالك لنصف العين المشتركة بجميع اجزائها المعينة في الواقع ولوجه في عدم كونه معقولا أن لازم ذلك أن يكون كل منهم مالكا لجزء خاص بلا موجب فيما اذا مات المورّث وترك وارثا متعددة ومالا فانهم مشتركون في ذلك المال فكون كل منهم مالكا لشخص خاص وجزء معين دون الاخر وبالعكس ترجيح بلا مرجح وتخصيص بلا مخصص.

و أيضا لا يعقل تصوير الاشاعة على نحو الابهام فانه مضافا الى أنه لم يقل به أحد أنه غير معقول كما عرفت.

واذا بطل الوجوه المتقدمة فانحصر الوجه في تصوير الاشاعة بما نذكره و التحقيق فيه أن يقال في تصوير الاشاعة أن مجموع الشركاء مالك لمجموع المال فان العقلاء يعتبرون مالكية المجموع لشيء واحد بنحو الاستقلال و لكن مالكية كل منهم للعين مالكية ناقصة كالنصف و الثلث والثلثين و الربع و السدس و غيرها ، فان كل منهم نصف المالك و ثلثه وربعه و سدسه و هكذا بحيث أن كل منهم مالكا للمجموع بأحد النسب المذكورة ونا لبعض

الخاص أو الكلى فى المعيّن ولكن على نحو الناقصة بحيث لو أراد أن يتصرف فى العين المشتركة على نحو الاستقلال فلا يجوز له ذلك لعدم كون مالكيته للمجموع على نحو الاستقلال لينافى الشركة فكان كلهم مالك واحد فالمجموع مالك للمجموع استقلالا .

وبالجملة أن كل من الشركاء مالك على مجموع المال و تمامه ولكن على نحو الناقص لكونه نصف المالك أو ربعه و هكذا والتعبير عن ذلك بأن كل منهم مالك للنصف و هكذا فمن باب المسامحة فى التعبير و الضيق فى العبارة و الا فليس له مالكية على النصف مثلا بالاستقلال من العين المشتركة أصلا وانما المجموع مالك واحد مستقل وكل منهم مالك ناقص وله مالكية للتصرف فيها ناقصة من غير أن يكون بالاستقلال ففى مثل موت المورّث و انتقال المال الى الورثة ان مجموع الورثة مالك واحد قائم مقام الميت فان المالك كان هو المورّث وحده وبالفعل كان المالك هو مجموع الورثة وصاروا نائبا عنه فى المالكية وكان المورث تمام المالك و صار كل واحد نصف المالك و ربعه على حسب حصتّه ولا شبهة فى صحة اعتبار الملكيّة للمجموع و يدل عليه ماذكرناه أنه ربما لا يكون للاجزاء بنفسها مالية أصلا و انما المالية تقوم بالمجموع من حيث المجموع كما اذا كان شخاط واحد مشتركا بين خمسين فان قلنا بما ذكرناه من كون المجموع من حيث المجموع مالكا للمال على نحو الاستقلال لصحة اعتبار الملكية لهم وكان لكل منهم مالكية ناقصة فيها والاّ لكان هذا المال بلا مالك فان حصة كل منهم ليس بمال والمجموع من حيث المجموع مال ولكنه ليس لأحد ولا للمجموع على الفرض ، بل ربما يصل الى مرتبة يخرج مقدار حصة كل منهم عن الملكية ولا يعتبر العقلاء ملكية عليه كما اذا كان حق كل منهم بمقدار نصف العود من الشخاط نعم يبقى له حق

الاختصاص فى العين لكونها متعلقة لحقه واما على ما ذكرناه ، فالامر واضح فان المجموع من الشركاء مالك استقلالا لمجموع العين المشتركة وكل واحد منهم مالك للمجموع أيضا ولكن على نحو الناقص بحيث أن كل منهم نصف المالك وربعه وثلثه وليس له على العين السلطة المالكية الاستقلالية بل له سلطة على العين سلطة المالكية الناقصة فان لكل منهم مملوك فهو مجموع العين ولكن مالكيته وسلطنته عليه ناقصة كما لا يخفى ٠

و يترتب على ذلك أنه اذا باع أحد الشريكين حصته فمعناه أنه باع مجموع العين بملكية ناقصة وانتقل عنه الى المشترى مالكيّة ناقصة أى زالت اضافة الملكية عنه ووجدت فى المشترى فان التعبير بالانتقال مسامحة فى التعبير ٠

وتوضيح ذلك أنه كما يجوز لاحد أن يبيع نصف الدار مثلا معينا أو على نحو الكلى فى المعيّن أو على نحو الفرد المنكر فكذلك يجوز بيع مقدار منها على نحو الاشاعة بمعنى كون المبيع مجموع الدار ولكن يبيعها بالمالكية الناقصة وينتقل اليه نصف المالكيّة أى يعدم نصف مالكيته بالبيع وتنقطع من المالك الاضافة الناقصة وتوجد تلك الاضافة الناقصة للمشترى و تعبيرنا بالنقل مسامحة فان فى البيع ليس نقل اضافة أصلا بل دائما قطع اضافة و ايجاد اضافة أخرى ،فان البيع تبديل مال فى طرف الاضافة و التعبير بالنقل للوضوح ٠

وبالجملة فاذا باع المالك نصف متاعه على نحو الاشاعة فقد بذل لمجموع متاعه فى مقابل الثمن على نحو الملكية الناقصة وقطع اضافة ناقصة من اضافة المالكية الى نفسه وأوجدها للمشترى و هذا المعنى أمر موافق للاعتبار و لا غرر فيه ،وهكذا بيع أحد الشريكين حقه من الآخر فانه يبيع مجموع العين

المشتركة بملكية ناقصة وينتقل من البايع الى المشترى اضافة ناقصة من المالكية وهكذا فى جميع موارد الشركة وبيع أحد الشركاء حقه كما لا يخفى فافهم ·

وتوهم أن الملكية من مقولة الأعراض فهى غير قابلة للقسمة فكيف تكون الملكية متبعضة ويكون لاحد الشركاء النصف وللأخر الثلث وللثالث السدس

وهو توهم فاسد فان الملكية وان كانت أمرا اعتباريا غير قابلة للقسمة كالاعراض أو هى من مقولة الأعراض و لكن يمكن تقسيمها باعتبار متعلقها كما هو الشأن فى جميع الاعراض الغير القابلة للقسمة مثلا أن البياض فى نفسه غير قابل للتقسيم ،ولكنه يقبله بحسب محلّه و الأمر فى المقام أيضا كك فان مالكية المورث مثلا كانت بالاستقلال فاذا مات انقطعت منه ووجدت فى مجموع الورثة من حيث المجموع وفى الافراد بالتبعيض باعتبار أن مملوك كل منهم التركة مجموعا بنصف الملكية مثل فأوجب ذلك انقسام المالكية أيضا الى النصف كما أن البياض فى الجسم بياض واحد ويتعدد بالتقسيم و أن الحرارة فى الماء حرارة واحدة ويتعدد بتقسيم الماء وهذا أيضا كتبعض الارادة والطلب فى باب التكاليف المركبة كتعلق الأمر بالصلاة وتبعضها الى الركوع و السجود و غيرها من الأجزاء فان الطلب وان كان بسيطا لايتبّعض ولكن يتبعض بتبع تبعض متعلقه كما لا يخفى ·

ثم وقع الكلام بين العامة والخاصة أن التقسيم فى باب الشركة افرازا و تعيين حق أو بيع فقال الامامية أنه تعيين الحصة و قال العامة أنه بيع فيترتب عليه أحكامه وقد وقع النزاع بين العامة و الخاصة فى باب المعاملات فى هذا المسألة و مسألة الضمان ،حيث انهم يقولون انّ الضمان ضم ذمة الى ذمة أخرى وقال الامامية انه انتقال المال من ذمة الى ذمة أخرى و

ان وقع الخلاف بینهم فی باب المعاملات فی کثیر من الفروع،ولکن المخالفة فی المسائل المهم هاتان المسألتان ·

أقول : ان کان مراد الامامیة من کون الشرکة افرازا و تعینا للحق هو أن حق کل منهما امر کلی یتعین بالقسمة کما هو ظاهر کلامهم فهو لا یصح الاّ فی موارد کون المملوک کلیّا کموارد البیع فی الذمة أو بیع الکلی فی الخارج فانه یتعیّن بالتعیین ،وأما فی موارد الشرکة التی هی اشاعة حق کل من الشریکین علی النحو الذی ذکرناه فلا ،بل لا شبهة أن فی موارد الشرکة ینتقل المملوک کل من الشریکین الی الاخر بدل انتقال حق الاخر الیه ، فیقع بینهما التبادل کما سنذکره وعلی هذا فلا وجه لماذکره الخاصة بوجه ·

و ان کان مرادهم من ذلك ردّ العامة حیث انهم یقولون یکون التقسیم بیعا یترتب علیه أحکام البیع من الخیارات و نحوها وغرضهم أنه لیس ببیع لیترتب علیه حکمه ،فهو متین لعدم انطباق تعریفه علیه ،وانما هو معاملة خاصة حیث ان لکل من الشرکاء مالکیّة ناقصة للعین من حیث المجموع ، فیبدل کل منهم مملوکه بالملکیة الناقصة علی النصف مثلا بمملوك الاخر بالملکیة الناقصة کذلك ،مثلا فاذا کانت الدار الواحدة مشترکة بین شخصین علی النصف فمعنی قسمتها الی نصفین أنه کل منها یأخذ مملوك الآخر الذی بالملکیة الناقصة مقابل مملوك نفسه بالملکیة الناقصة فیکون مالکا مستقلا بالنصف والامر اوضح بناء علی تصویر الاشاعة علی نحو الثانی أی یکون کل من الشرکاء مالکا لجزء خاصّ فان کل منهم یبدّل الاجزاء المملوکة له فی هذا النصف بالأجزاء التی فی النصف الاخر وعلی هذا فیکون التقسیم فی نفسه معاملة مستقلة و قد ذکرنا نظیر ذلك فی المعاطات و قلنا فلا بعد فی أن یکون هنا معاملة مستقلة لا یکون بیعا ولا صلحا ولا اجارة ولا غیرها من

المعاملات المعروفة فتدل على صحتها آية تجارة عن تراض فكما أنه يمكن أن تكون المعاطات معاملة مستقلة فكذلك يمكن ان يكون التقسيم أيضا معاملة مستقلة ولهذا نظائر كثيرة في العرف كتبديل كتاب الرسائل المحشى ، برسائل آخر غير المحشى المخطوط بخط جيد، فان من لا يحتاج الى الحاشية يبدل كتابه بكتاب آخر جيد الخط غير المحشى مع أنه ليس بيعا ولا غيره من المعاملات المعروفة ، بل معاملة خاصة .

و بالجملة فان أراد الخاصة من الافراز الوجه الاول الذي هو ظاهر كلامهم من الافراز والتعيين فلاوجه لما ذكره الخاصة و العامة فان كليهما باطل وان أرادوا الوجه الثاني الذي ليس بظاهر كلامهم كما هو الظاهر ولا يضرّه كونه خلاف ظواهر كلامهم لانهم كانوا بصدد الرد على العامة من غير لحاظ جميع الخصوصيات فقولهم أن التقسيم ليس ببيع فكلام متين جدا فانه كما عرفت ليس ببيع، بل معاملة خاصة فافهم .

الكلام في تصوير الكلي في المعين

و أما تصوير الكلي في المعين فربما يقال أنه عبارة عن الفرد المنتشر الموجود في الصبرة الخارجية مثلا وقابل الانطباق على كل فرد فرد .

و فيه مضافا الى استحالة وجود الفرد المبهم وأنه لم يخلق ولن يخلق كما تقدم أن هذا خلف الفرض فان معنى الكلي هو عدم تشخّصه بخصوصية خاصة خارجية و معنى الفرد أنه متميّز بالخصوصية فهما لا يجتمعان .

و قد يقال أنه عبارة عن الكلي في الذمة بعينه غاية الأمر أن المشترى يشترط على البايع أن يؤديه أي المبيع من العين الموجودة في الخارج

المتخصص بخصوصية خاصة والاّ فلافرق بينه و بين الكلى فى الذمة، فاذا با ع صاعا من الصبرة الخارجية أو منّا من الحنطة الفلانية فمعناه أنه باع كلّى المن و كلّى الصاع فى الذمة بشرط أن يطبقه على الموجود الخارجى كما هو واضح ·

و فيه أن الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا فى بيع الكلى فى المعين الخارجى أنه لو تلفت العين الخارجية كان البيع باطلا فان المبيع لم يقبض و التلف قبل القبض موجب للبطلان ، فلو كان معنى بيع الكلى فى المعين هو بيع الكلّى فى الذمة على النحو المزبور لماكان وجه للبطلان مع تلف العين الخارجية بل يثبت للمشترى خيار تخلف الشرط مع صحة البيع كسائر موارد تخلف الشرط·

وقد يقال أن بيع الكلى فى المعين هو الكلى فى الذمة أيضا ، ولكن يقيد بالخصوصيات التى توجب عدم انطباقه الا على الموجود الخارجى كما اذا باع عبدا من عبيده من ولد مبارك لكونهم صحيح الأصل أو باع منّا من الحنطة الحاصلة من المزرعة الفلانية والفرق بين هذا وسابقه أن الخصوصيات مأخوذا فى البيع على نحو الاشتراط فى الأول وعلى نحو القيد يقفى الثانى فعلى الاول مع تلف ما فى الخارج كان للمشترى خيار تخلّف الشرط كما عرفت وعلى الثانى فله خيار تعذر التسليم ·

و فيه أولا أنك عرفت أن تلف العين الخارجى فى بيع الكلى منها موجب للانفساخ لأنّ التلف قبل القبض من مال البايع و هذا بخلافه فى بيع الكلى فى الذمة على النحو الثانى فان التلف فيه لا يوجب البطلان ، كما عرفت، بل يبقى البيع على حاله ويكون المبيع هو الكلى غاية الأمر يثبت للمشترى خيار تخلف الشرط·

و ثانيا : أن لازم ذلك جواز أن يتلف البايع العين الخارجية وضعا و يبيعه لغيره مثلا بحيث لا يبقى شيء في الخارج لينطبق عليه الكلي ومع ذلك كان البيع صحيحا و هذا بخلافه في بيع الكلي في المعين فان المبيع موجود فيه فلايجوز اتلاف البايع مجموع ذلك وضعا .

و قال شيخنا المحقق أن المبيع في بيع الكلي في المعيّن هو الكلي من غير ان يقيد في كونه في الذمة ولا أنه مقيد بكونه في الخارج بل مطلقا من جميع ذلك فيكون منطبقا على كل فرد فرد في المعين الخارجي ، فاذا باع منّا من الحنطة فمعناه انه باع كليا مطلقا قابل الانطباق على الصياع الموجودة في الخارج المعين وعلى غيرها .

و فيه مضافا الى الوجهين المتقدمين أنه لا يعتبرون العقلاء مالية على كل لا يكون منسوبا الى ذمة أو الى الخارج (وقد اعترف بذلك في أوائل البيع، وقال ينسب الى الذمة ببعت) فلا معنى لكونه مبيعا أصلا كما هو واضح.

و التحقيق في تصويره أن يقال أنّ الكلي في المعين ليس الاّ الكلي المضيق الموجود في ضمن المعيّن الخارجي وقابل الانطباق على افراده و توضيح ذلك في امور الاول ان الكلية لا يتخصص ولا يتشخص الاّ بالتشخصات الخارجية بحيث توجب تحيزها في الخارج والاّ فبمجرد تقييد الكلي من غير أن يوجب التقييد والتشخص في الخارج لا يوجب خروج الكلي عن كليته كما حقق في علم الحكمة والكلام ، نعم يوجب تضيق الدائر فقط و التقريب بنحو التوضيح في تصوير بيع الكلي أن الملكية الاعتباريّ متعلق اولا و بالذات بالكلي حتى في البيوع الشخصية وعلى الخارجيات بالعرض فيكون الكلي مملوكا بالاصالة والأعراض مملوكا بالتبع نظير العلم بفسق زيد فانه عالم بالكلي بالاصالة وبالجزئي بالعرض كما هو واضح فلا عجب في امكان تمليك

الكلى على كليته وابقاء الخصوصيات فى ملك نفسه كما لا يخفى .

الثانى :أن الاعيان الخارجية انما هى مملوكة لملاكها بجميع خصوصياتها الشخصية وله مالكية عليها مالكية تامة فله أن ينتقل الى الغير الذات المبرات عن الخصوصيات وتبقى الخصوصيات فى ملكه وله أن ينقل اليه الذات مع جملة من الخصوصيات وله أن ينقلها مع جميع الخصوصيات فمع نقلها بالخصوصيات تارة تكون بحد توجب كون المبيع شخصيّا و أخر لا توجب بل يكون كليا مضيقا .

الثالث: أنه لا شبهة فى وجود الجامع بين المفاهيم بحيث أن مفهوما واحدا يصدق على مفاهيم كثيرة كما لا شبهة فى وجود الجامع بين الحقائق أيضا فان حقيقة واحدة يمكن ان تصدق على الحقائق العديدة مثلا أن مفهوم الوجود جامع لجميع مفاهيم الوجود فى العالم كما أن حقيقة الوجود جامع لجميع الحقائق الوجود بيع ففى مقام الاشارة و الدلالة يعبّر بمفهوم الوجود وفى مقام اللب والواقع يعبّر بحقيقة الوجود، فاذا قيدت الطبيعة مثلا بالوجود يكون قابل الانطباق على جميع افرادها على نحوالاستغراق والسريان ،واذا قيد بصرف الوجود يكون قابل الانطباق على جميع أفراد الطبيعة أيضا، ولكن على نحو البدلية بحيث يكون أول الفرد منها أى فرد كان موردا للحكم وهذا أيضا يختلف بالسعة والضيق .

اذا عرفت ذلك فنقول أن المالك انما هو مالك للعين الخارجية مع جميع خصوصياتها فاذا باع مثلا صاعا منها أو زرعا أوغيرهما من غير أن يعين المبيع بجزء خاص أو بطرف خاص فيكون المبيع أمرا كليا قابل الانطباق على بقية الافراد باجمعها على البدل مفهوما وحقيقة كانطباق مفهوم الوجود وحقيقته على جميع مفاهيم الوجود وحقيقته فليس الذات من

حيث هى المعرات عن جميع الخصوصيات مبيعا ولا أن الذات المقيدة بجميع الخصوصيات مبيع والاّ لتوجه على الاول ما ورد على شيخنا المحقق ، وعلى الثانى ،كان المبيع شخصيا لا كليّا بل المبيع هى الذات المقيدة ببعض الخصوصيات اعنى خصوصية كونها من هذه الحنطة أو هذه الطاقة أوهذه الفراش مثلا بحيث أوجبت تلك الخصوصية تضييق دائرة الكلى الوسيع المطلق من جميع الجهات ، ولكن ليست تلك الخصوصية على حدّ تكون موجبة لصيرورة المبيع شخصيا فيكون واسطة بين الامرين فيكون المبيع هوالطبيعة المقيدة بصرف الوجود الضيق فالبايع قد نقل الى الغير الطبيعة المضيقة المقيدة بصرف الوجود من العين الخارجية كصاع ونحوه و ملكه للمشترى بحيث صار المشترى مالكا لطبيعى الصاع المقيّد بصياع هذه الصبرة مثلا و أبقى المالك بقية الخصوصيات فى ملكه ومنها السريان و تطبيقه على كل فرد فرد فليس للمشترى الاّ الكلى المقيد من هذا الموجود وهذا واضح جدا فالاعتبارات العقلائية مساعدة لها فى التكليفيات و الوضعيات كما اذا أمر المولى بالصلاة مطلقا أو فى المسجد فان المكلف به فى الاول مطلق جميع الجهات غير تقيد الطبيعة بصرف الوجود وأما القيود فكلها ملغات و هذا الذى عبرنا عنه فى باب المطلق و المقيد برفض القيود و بنينا عليه معنى المطلق ،وفى الثانى مقيد بقيد آخر غير تقيده بصرف الوجود و هو كونها فى المسجد ومع ذلك لم يخرج المكلف به عن كليته فان المكلف مخير بين ايجاده فى السطح او فى داخل المسجد وفى أى مكان منه .

وكذلك اذا أجر أحدا بخياطة ثوبه مطلقا أو فى شهر خاص وهكذا و هكذا فالمقصود أن ماذكرناه من تصويربيع الكلى فى المعيّن ليس معنى بعيدا عن العرف ، بل اعتبارات العقلاء مساعدة عليه و كذلك اعتبار الشارع

كما عرفت فاغتنم ·

وقد ورد فى رواية(١) الاطنان ما يدل على جواز بيع الكلى كماعرفت وبالجملة لا بأس من الالتزام ببيع الكلى ثبوتا واثباتا بعد ماساعده الاعتبار العقلائى وورد عليه الرواية ·

مسألة : لوباع صاعاً من صبرة

قوله : مسألة : لو باع صاعا من صبرة فهل ينزل على الوجه الاول من الوجوه الثلاثة المتقدمة ؟

أقول : اذا باع صاعا من صبرة معينة فتارة يعلم مقصود المتبايعين من الخارج وانهما ارادوا أحدا من الاشاعة او الكليّا فيحمل عليه سواء قلنا بكون اللفظ ظاهرا فى الكلى أو فى الاشاعة . كما أنه لو علم عدم توافقهما فى القصد فيحكم بالبطلان بأن أراد البايع الاشاعة وأراد المشترى الكلى أو بالعكس ، فانه لم يرد الايجاب و القبول على محلّ واحد ولا يفرق فى ذلك كله بين كون المقصود لكل منهما ظاهر اللفظ أو لا ، بل لا يفرق فيه بين الصحيح و الغلط حتى لو قال المطلق و اراد المقيد فلابأس فيه مع فهم المشترى المراد كما اذا قال بعتك دارا فكان غرضه الدار المعين لماعرفت من عدم اعتبار اللفظ الصريح ، بل الصحيح فى متعلقات العقود ·

وبالجملة لو علم مراد المتبايعين من الخارج انهما ارادا الاشاعة أو الكلى سواء أتيا كلاهما بلفظ مطلق أو مقيد صريح أو غير صريح صحيح أو

(١) وسائل : ج ١٢ ص ٢٧٢ باب ١٩ ، بريد بن معاوية ·

غير صحيح فلا كلام فى صحة ذلك كما لا شبهة فى بطلانه اذ اراد أحدهما الكلى وأراد الاخر الاشاعة فانه لم يرد الايجاب و القبول على مورد واحد وأيضا لا يفرق فيه بين الاتيان بلفظ صريح أو غيره كما عرفت.

و انما الكلام فيما اذا شك فى ذلك ولم يعلم أنّ أيّا من المعنيين اراده البايع وأن أيّا منهما اراده المشترى، وذلك اما لعدم العلم بما قصداه من ذلك الايجاب و القبول لنسيان ونحوه أو لموت البايع أو المشترى أوكليهما ولم يعلم الوارث أن أيّا من المعنيين قصداه أو وقع التداعى بينهم فادعى أحدهما كون المقصود اشاعة وادعى الاخر كون المقصود كلّيا و سيأتى التعرض للثمرة بين المعنيين.

و الظاهر هو حمل اللفظ على الكلى فى المعيّن لوجهين، الاول للرواية المتقدمة فى بيع الاطنان من أنبار القصب فانه سأله السائل عن حكمه اذا احترقت و لم يبق الاّ مقدار حق المشترى فأجاب(ع) بأنه للمشترى و لم يستفصل فى ذلك بين انهما قصدا الاشاعة أو قصدا الكلى، بل حكم بكون الباقى للمشترى جزما فكشف من حكمه هذا أن لفظ صاع من صبرة ظاهر فى الكلى وتوهم أن ظهور اللفظ فى الاشاعة وانما حكم الامام(ع) بكونه كليا للتعبد توهم فاسد فان الشركة وعدم الشركة ليست امرا تعبديّا وبالجملة فحكم الامام(ع) بكون الباقى للمشترى يدل على أنه(ع) فهم من ظاهر اللفظ الكلية فقط فأجاب عن حكمه و لم يستفصل فى السؤال أصلا.

الوجه الثانى : أن الظاهر من العناوين المأخوذة فى موضوعات الاحكام سواءكانت تكليفية أو وضعية لها موضوعية فى نفسها وليست طريقة الى الواقع و الى اعتبار شىء آخر، وقد اشر الى هذا فى بيع الغرر كما عرفت فى حمل العنوان على الحكمة أو العلة.

فالظاهر من قول البايع بعتك صاعا من صبرة أو منّا من الحنطة الموجودة هو ارادة المن بما هو من والصاع بما هو صاع من هذه الصبرة بحيث لا يكون مقيدا بخصوصية الا كونه من الصبرة الموجودة و مضافا الى صرف الوجود وأما الخصوصية الزائدة عن ذلك فلا من غير أن يكون طريقا الى ارادة أحد الكسور من الثلث و الربع و النصف و نحوها من الكسور المتصورة المتخصصة بالخصوصيات الخاصة الخارجية فانه خلاف الظاهر من لفظ المن و الصاع و الملغى عنهما جميع الخصوصيات الاّ الاضافة الى صرف الوجود من الصبرة المعينة فقط.

و بالجملة أن مقتضى الظاهر من لفظ المنّ هو الكلى العارى من جميع الخصوصيات الاّ اضافة الى صرف الوجود من الصبرة المعينة الخارجية فان ظاهر حفظ العنوان يقتضى كونه موضوعا للحكم ولا يكون ذلك موضوعا للحكم الا بلحاظ أنه كلى و دعوى الاشاعة يقتضى كون لفظ المنّ أو الصاع اشارة الى الكسور من الربع و النصف و نحوه فان عنوان الاشاعة بأحد هذه الكسور و نسبته لا بعنوان المنّ و الصاع و نحوهما كما لا يخفى.

و قد يقال أن الظاهر من لفظ صاع من صبرة هو الفرد المنتشر كما هو مقتضى الظاهر من التنوين التنكير.

و فيه أولا قد عرفت أن ارادة الفرد المنتشر غير معقول فى نفسه.

وثانيا : أنه لا كلية لذلك اذ ربما يكون اللفظ خاليا عن التنوين كما اذا قال بالاضافة أو اللام كقولك بعتك صاع من الصبرة أو المنّ من الحنطة ونحو ذلك.

و ثالثا : أن هذا التنوين ليس بتنوين تنكير، بل هو تنوين تمكّن وأما التنوين التنكير فهو يدل باسماء الأفعال كص و مه.

و أما ثمرة القول بكونه ظاهرا فى الكلية أو الاشاعة فذكر المصنف فارقين لا بأس بهما ، الاول أن تعيين المبيع من الصبرة فى يد البايع ، فان المفروض أن المشترى لا يملك الا الطبيعة لمعراة من جميع الخصوصيات الا الخصوصية الخاصة وهى كونها مضافة الى صرف الوجود من صاع هذه الصبرة الموجودة فى الخارج وعليه فليس له الا أن يطالب ما ملكه من صياع هذه الصبرة كما أنه كذلك اذا ملك أحد على كلى فى ذمة شخص فانه لا يملك الا الكلى فقط المضاف الى ذمة المديون أو البايع فليس له يطالبه من حصّة خاصة ومن كومة معينة ٠

و بالجملة أن كل ذى حق له ان يطالب حقه ممن عليه الحق بمقدار حقه فليس له مطالبة الزائد ومن الواضح أن المشترى يملك مطالبة كلى الصاع من هذه الصبرة وأما كونه من هذا الطرف أو من ذلك الطرف فلا ٠

و ما نحن فيه نظير طلب الطبيعة من المكلف فانه اذا أمره بايجاد الطبيعة فليس له مطالبة خصوصية زائدة غير ايجادها و اذا اقبح على العبد بانك لماذا لم تمتثل بايجاد الطبيعة بخصوصية خاصة فيتحج عليه العبد بحكم العقلاء أنك لم تكن مستحقا لمطالبة الزائد من ايجاد الطبيعة نعم لوكان هنا دليل آخر يدل على ايجاد الطبيعة بخصوصية خاصة وراء الأمر بأصل الطبيعة فللمولا أن يحتج على عبده بذلك على ترك الامتثال بالخصوصيات الزائدة وليس للعبد ح أن يقول أن الامر بالطبيعة لا يقتض الا الامتثال بالطبيعة فقط وهكذا الامر فى أوامر الشارع بأجمعها ٠

هذا على تقدير الكلية وأما بناء على الاشاعة فلا اختيار لاحدهما بوجه لحصول الشركة ،فيحتاج المقسمة الى التراض كسائر الاموال المشتركة

الثمرة الثانية أنه بناء على الكلية اذا تلفت الصبرة بأجمعها ولم يبق

منها الا مقدار حق المشترى فيكون الباقى له وليس للبايع فيه حق و هذا بخلافه على الاشاعة فان التالف و الباقى بينهما سيّان .

و الوجه فى ذلك قد عرفت أن ما يملكه المشترى ليس الاّ الطبيعة المعراة عن الخصوصيات الاّ اضافته الى صرف الوجود من الصبرة الموجودة فى الخارج فما دام أنه قابل الانطباق على صياع الصبرة لم يذهب من حقه شيء كما عرفت ذلك من الرواية الاّ اذا تلف المجموع فانه ح ينطبق الكلى على التالف أيضا فيكون المورد من صغريات التلف قبل القبض فيفسخ البيع .

وأما على الاشاعة فان الفرض أن حق كل من البايع والمشترى على نحو الاشاعة فى الصبرة فيكون التالف منهما معا لثبوت حق المشترى فى كل جزء فمع القبض والاقباض يذهب المبيع من كيس البايع وبدونه ينفسخ البيع و هذا واضح جدا فما ذكره المصنف فى محلّه وتمت الثمرة .

ثم انه ذكر المصنف أنه لو فرضنا أن البايع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليّا أخر فالظاهر أنه اذا بقى صاع واحد كان للاول لأن الكلى المبيع، ثانيا انما هو مشاعة فى مال البايع و هو ما عدا الصاع من الصبرة فاذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلى فيه ساريا فقد تلف المبيع الثانى قبل القبض و هذا بخلاف ما لو قلنا بالاشاعة وقد قوّاه شيخنا الاستاذ وقال أن الباقى ينطبق على ملك المشترى الاول و يجرى حكم تلف المبيع قبل قبضه بالنسبة الى صاع المشترى الثانى ،لان الصاع الثانى يسرى كلية الى ماعدى الصاع الاول و هذا بخلافه على الاشاعة .

و لكن التحقيق أن الباقى لا ينطبق عليه ملك المشترى الاول ، و توضيح ذلك أنا ذكرنا فى مبحث علم الاجمالى من الأصول أن الصفات

الحقيقية الموجودة فی أفق النفس يصحّ أن تتعلق بالعناوين الجامعة للافراد المتشتتة وقابلة الانطباق على كل واحد منها على سبيل البدلية من غير أن يكون لنفس العنوان الجامعی واقعية فی الخارج ، بل واقعيته بنفس الاعتبار بمعنى أن المعلوم ليس أمرا معينا فی الخارج بحيث ينكشف بعد العلم كونه معلوما فی الخارج ، بل المعلوم هو الامر الاعتباری الجامع بين الافراد و المنطبق عليها على سبيل البدلية مثلا اذا علمنا بنجاسة أحد هذين الكأسين فالصفة النفسانية قد تعلقت بالعنوان الجامع بين الكأسين أعنی عنوان أحدهما بحيث انه قابل الانطباق على كل فرد منهما على سبيل البدلية من غير أن يكون لهذا العنوان واقعية أصلا فی الخارج بل قوامه بانطباقه على الافراد فاذا علمنا بعد ذلك أن النجاسة انما هی موجودة فی الكأس الشرقی دون الغربی فلا ينكشف من ذلك أن الكأس الشرقی من الاول متعلق لهذا العلم أو علم اجمالا بكون أحد الكأسين بولا أو خمرا فعلم بعد ذلك تفصيلا كون هذا الكأس المعين بولا فانه لا ينكشف من ذلك أن المعلوم من الاول بولية هذا الكأس ، بل المعلوم فـی جميع موارد علم الاجمالی انما هو عنوان أحدهما وكذلك القدرة وسائر الاوصاف النفسانية مثلا لو كان أحد متمكنا من أكل أحد الرغيفين دون كلاهما معا أو على التدريج فانه اذا أكل واحدا منهما لا ينكشف من الاول أنه لم يكن قادرا الاّ على أكل هذا الخبز فقط دون الاخر ، بل هو من الاول كان قادرا لهذا وقادرا لذلك أيضا فاذا صح تعلق الاوصاف الحقيقة على العناوين الاعتبارية فتعلق الاوصاف الاعتبارية عليها بمكان من الامكان .

و توضيح ذلك أن الملكية ليست من الامور الموجودة فی الخارج كسائر الاعراض الموجودة فيه ، وانما هی اعتبار اضافة المملوك الى المالك ونسبته

اليه وانما الموجود فى الخارج متعلق هذه الاضافة من الامورات التكونية أو الكليات الاعتبارية فهذا الامر الاعتبارى كما يصح أن يتعلق بالاعيان الخارجية فكك يصح أن يتعلق بالامور الاعتبارية التى لا واقعية لها أصلا الاّ الاعتبار المحض فاذا باع صاعا من صبرة من شخص فقد ملك كليّا وأمرا اعتباريا جامعا للافراد الخارجية على سبيل البدلية و قابل الانطباق عليها كذلك من غير أن يكون المشترى مالكا للخصوصيات بحيث أن للمالك تطبيق ذلك الجامع أيا من الافراد الموجودة فى الخارج و هذا معنى تمليك الطبيعة وحفظ الخصوصيات فى ملك نفسه واذا طبقه على فرد منها وعيّنه فى الخارج لا ينكشف منه أن المملوك من الاول كان هو هذا الفرد المعين والاّ فمعناه أن الخصوصية كانت مملوكة للمشترى وهوخلاف المفروض فى بقائها فى ملك البايع وانما المملوك كان هو الجامع و البايع باختياره طبقه على الفرد المعين واسقطه عن الانطباق على جميع الأفراد ٠

و عليه فاذا باع صاعين كليين من الصبرة من شخصين فانطباق كل منهما على صرف الوجود من كل واحد من صباع تلك الصبرة على حد سواء و ليس لاحدهما مزيّة على الاخر بوجه ٠

و عليه فلاوجه لما ذكره المصنف من انه فى صورة بيع صاعين من شخصين مع تلف الصبرة و بقاء صاع واحد فقط يكون الباقى للمشترى الاول فقط لأن مملوك المشترى الثانى ينطبق على غير الصاع الذى انطبق عليه مملوك المشترى الاول و هذا نظير ما اذا باع صاعين من الصبرة من شخص واحد فهل يتوهم أحد أن كل واحد من صاعين يكون منطبقا على غير ما انطبقه الاخر ، بل انطباق كل منهما على كل من صياع الصبرة على حد سواء ، كما هو واضح ٠

وعلى هذا فنسبة الصاع الباقى الى كل من المشتريين على حد سواء و ح فهل الباقى بتمامه ملك للمشترى الاول أو بتمامه ملك للمشترى الثانى أو يكون لأحدهما فقط بتعيين المالك البايع أويقسم بينهما بالنصف أما كونه ملكا لهما معا على نحو الاستقلال و التمام فغير محتمل جزما لانه لا يعقل ان يكون الشيء الواحد مملوكا لاثنين على نحو الاستقلال ٠

و أما كون اختيار التعيين تحت يد البايع فهو أيضا واضح البطلان فانه انما يكون كذلك اذا كانت الخصوصيات باقية تحت ملكه كما اذا كانت الصياع متعددة فانك عرفت أنه ليس للمشترى حق التعيين اصلا وانما هو راجع الى البايع فان المبيع ليس الاّ الطبيعة فالخصوصيات باقية تحت ملكه الاختيار فى تعيين ذلك الكلى باىّ فرد شاء و هذا بخلافه هنا فانه مع تلف الصبرة وبقاء صاع واحد ينحصر الحق بالمشترى و يرتفع مملوك البايع أصلا فانه انما كان فيما يكون له اختيار تطبيق الكلى بهذا أو بذلك فمع التلف و بقاء الصاع الواحد ارتفع موضوع هذا الاختيار أصلا و لم يبق له ملكية فى هذا الفرد بوجه وقد عرفت قريبا أنه لا يعقل أن يكون شيء واحد مملوكا لشخصين فصاعدا على نحو الاستقلال ٠

و أما التنصيف فهو الحق فانك عرفت عدم معقولية ملكية كليهما على الباقى و تخصيص احدهما دون الاخر تخصيص بلا مخصص اذ ليس فى البين مرجح الاّ مجرد سبق الزمانى فهو فى نفسه لا يكون مرجحا فلابد من القول بالتبعيض فيكون لكل من المشتريتين النصف لما عرفت مرارا أنه اذا كان المبيع مركبا من الاجزاء فيكون البيع منحلا اليها حسب تعدد الاجزاء فح ان كانت الهيئة الاجتماعية دخيلة فى ازدياد الثمن فيكون للمشترى خيار تبعض الصفقة والا فلا خيار له أيضا ٠

و بالجملة فعمدة غرضنا أنه لا وجه لتخصيص الباقي بالمشتري الاول و القول ببطلان البيع الثاني و انفساخه لكونه من صغريات التلف قبل القبض بدعوى منع انطباق الكلي الثاني على جميع الصياع، بل انما يكون انطباقه على غير الصاع من هذه الصبرة كما لا يخفى . فافهم .

و قد انتهى الكلام الى أنه اذا باع صاعا من صيرة من شخص ثم باع صاعا من صبرة من شخص آخر فتلف الصبرة و لم يبقى منها الا صاع واحد فهل يكون ذلك للمشتري الاول كما اختار المصنف أو ينفسخ العقد فيهما معا ويعود الباقي الى ملك المالك الاول أو يتخير المالك الاول بين أن يعطيه من المشتري الاول أو من المشتري الثاني أو يحكم بالتنصيف فذكر المصنف أنه يتعين للاول و قد عرفت أنه لا وجه له فان كل من المشتريين قد ملكا كليّا من صياع الصبرة الذي قابل الانطباق على جميع الصياع و سار شريكا فيها فنسبة كل منهما الى كل من الافراد على حد سواء بحيث أن للبايع الذي ملك الكلي الساري و حفظ الخصوصيات أن يطبق كل من الكليين على أيّ فرد من الافراد شاء فاذا تلفت الصبرة ولم يبق الا صاع واحد فبأي مرجح يتمحض ذلك بالمشتري الاول مع أنا فرضنا أن مملوك كل منهما ليس الاّ الكلي الساري فتخصيص الباقي بالاول بلا مخصص ومرجح فانه ليس في البين مرجح الا السبق الزماني وكون المشتري الاول أسبق من البيع للمشتري الثاني فلا دليل على كونه مرجحا في البين .

وأما كون التخيير تحت يد البايع فهو واضح البطلان فانه بعد ما خرج المبيع عن ملكه فأي اختيار له في ذلك و توهم أن الخصوصيات كانت مملوكة له فله تمليكها بايّ منهما شاء توهم فاسد فانه لا يعقل تمليك العين عارية عن الخصوصيات اذ لا وجود للعين الخالي عنها في الخارج فأن الشئ

اذا تشخص ووجد في الخارج خرج عن الكلية واذا لم يتخصص بخصوصية لا يعقل وجوده في الخارج فبالشرط في ضمن العقد يشترط المشتري على البايع أن يملك البايع الخصوصيات أيضا أي اذا تعين حقه في شيء تكون الخصوصيات أيضا للمشتري حتى مع كون المبيع كليّا .

نعم مادام المبيع كليّ فالخصوصيات تحت ملك البايع وأما مع التعين فيكون الخصوصيات أيضا كنفس العين ملكا للمشتري فليس للبايع اختيار في اعطاء الباقي للاول أو الثاني .

و يبقى القول اما بالانفساخ أو التبعيض و ربما يقال بالاول ، فانه لا يمكن القول بصحة كليهما ولا بصحة احدهما دون الاخر لعدم المرجح في البين فيسقطان معا للمعارضة كما هو كذلك في سائر العقود كما اذا باع داره أو اجرها أو وهبها من شخص وباعها وكيله من شخص آخر في ذلك الزمان فانه يحكم في أمثال ذلك بالتساقط ورجوع الدار الى صاحبها الاول فان العمومات تتعارض في شمولها لكل من العقدين .

و لكن الظاهر عدم التساقط هنا ووضوح الفرق بين ما نحن فيه وبين سائر العقود والوجه في ذلك هو ان المعاملة الواحدة انما تنحل الى معاملات عديدة حسب انحلال المبيع سواء كانت بيعا أو اجارة أو هبة ، فالعقد الصادر من الموكل بتمام اجزائه معارض مع العقد الصادر من الوكيل في ذلك الوقت اذ لا ترجيح في شيء من الاجزاء لاحد الطرفين فيسقطان للمعارضة و عدم امكان شمول العمومات لاحدهما دون الاخر لكونه ترجيحا بلا مرجح .

و بالجملة أن العقد الصادر من الوكيل انما يبتلى بالمانع الذي هو العقد الصادر من الموكل و بالعكس فكل منهما يمنع عن وقوع الاخر فيعارض

شمول العموم لكل منهما مع شمولها للاخر فيتساقطان لعدم الترجيح بلا مرجح ٠

و هذا بخلافه في المقام فانك عرفت أن ما بيع لكل من المشتريين أمر كلي قابل الانطباق على جميع الافراد وكذلك اجزاء المبيع ففي هنا بيوع متعددة حسب تعدد المبيع بالانحلال وكل مبيع في كل بيع قابل الانطباق على جميع أجزاء الصبرة من غير أن يكون بينهما تزاحم و تمانع أصلا كما كان كذلك في سائر العقود في الفرض المذكور و لكن اذا تلفت الصبرة ولم يبق الاّ الصاع الواحد فيسقط المبيع الكلي من الطرفين عن السريان وينحصر ما ينطبق عليه الكليان بالفرد الواحد وح فكل من البيعين يتعارضان في الانطباق الى الموجود الخارجي الذي هو فرد من الصاع من حيث المجموع للمعارضة ولكن انطباق حق كل من المشتريين بنصف الصاع فلا معارضة بينهما فيحكم بالتبعيض فالعمومات تشمل على البيعين بالنسبة الى النصف بلامعارضة وليس للبايع أن يعطي مجموع الصاع لاحدهما دون الاخر لعدم بقاء الاختيار له بالنسبة الى المجموع نعم بالنسبة الى النصفين فاختياره باق على حاله فله أن يعطه لاحدهما هذا النصف وللاخر ذلك وبالعكس و هذا واضح لا شبهة فيه واما ثبوت الخيار فقد اشرنا اليه ويأتي تفصيل الكلام فيه في الخيارات٠

ثم ذكر المصنف فرعا أخر لبيان الثمرة وهو أنه أن المبيع انما يبقى كليّا ما لم يقبض و أما اذا قبض فان قبض منفرد عما عداه كل مختصا بالمشتري وان قبض في ضمن الباقي بأن أقبضه البايع مجموع الصبرة فيكون بعضه وفاء والباقي أمانة حصلت الشركة لحصول ماله في يده وعدم توقفه على تعيين واقباض حتى يخرج التالف عن قابلية تملك المشتري له فعلا

و ينحصر حقه في الباقي فح حساب التالف على البايع دون المشتري ترجيح بلامرجح فيحسب عليهما الى أن قال ، نعم لو لم يكن اقباض البايع للمجموع على وجه الايفاء ، بل على وجه التوكيل في التعيين أو على وجه الامانة حتى يعيّن البايع بعد ذلك كان حكمه حكم ما قبل القبض .

أقول : أن هنا امران ولا نتجاسر على المصنف أنهما قد اختلطا .

الاول : أن التلف بعد القبض انما يحسب على المشتري و عليه ، فاذا أقبض البايع مجموع الصبرة من المشتري فأثره أنه لو تلفت الصبرة بكلها يكون المبيع أيضا تالفا ولا يكون مثل التلف قبل القبض فيحكم بالانفساخ .

الثاني : تعيين المبيع الكلي و تطبيقه على فرد خاص وعدم تعيين ذلك فانه على الاول فيكون تلف كل من المال المعين على صاحبه وأما مع عدم التعين فلاوجه لكون التالف عليهما مع كون المبيع كليّا كما هو المفروض فان مجرّد اقباض المبيع على كليته لا يوجب انقلابه الى الشركة ، بل انما قبضه المشتري على سريانه أي أنه باقي على سريانه الاولية مثلا كانت الصبرة عشرة اصوع فباع مالكها صاعا منها ثم أقبضه مجموع الصبرة فانه لا يوجب تعيين حقه أو قلبه الى الاشاعة فانه بأي موجب زالت ملكيه البايع على الخصوصيات الموجبة لكونه مختارا في تطبيق حق المشتري بأي فرد شاء .

و توهم أن المشتري و ان ملك كليا ولكنه مالك له مع خصوصية ، فان مقتضى الشرط الضمني هو ذلك فانه انما يشتري صاعا من الصبرة ليستقل في التصرف فيه لا أن يكون باقيا على كليته و هذا الشرط موجود في ضمن العقد .

و هو توهم فاسد فانه وان كان صحيحا في أصل الاشتراط ولكن لا يقتضي ذلك تعين حق المشتري بصاع خاص ثم انقلابه الى الاشاعة و قد

عرفت أنه یمکن أن یقبض المشتری المبیع علی کلیته فانه مع أخذ الصبرة مجموعا یأخذ المبیع أیضا لکونه موجودا فی ضمن الصبرة کما أنه مع التعین یکون موجودا فی ضمن الفرد الشخصی فان الکلی الطبیعی موجود بوجود الفرد ٠

و بالجملة أن المبیع کان هو الکلی الساری فهو باق علی حاله فلا یخرج عن السریان بقبض المشتری کما لا یخفی ٠

نعم لو بدل الکلی بالاجزاء علی نحو الاشاعة بمعاملة جدیدة فیحکم بالاشاعة فیصح ماذکره المصنف و لکنه لا یمکن بدون المعاملة الجدیدة فان خروج الخصوصیات عن ملک البایع وخروج الکلی عن ملک المشتری و تبدل کل منهما بالاخر یحتاج الی دلیل فهو منتف فی الخارج ونحن لا ندعی الاسحالة بل ندعی عدم الدلیل علی هذا ،فافهم ٠

و کیف کان فلافرق فیما ذکرناه من التحقیق بین ما قبل القبض و ما بعده بوجه ٠

و أما ماذکره من أنه لو اقبضه علی نحو الامانة فهو متین فان البایع مالك لجمیع الخصوصیات مع الصبرة فاذا باع صاعا منها فله أن یطبق هذا الکلی بأی فرد شاء فاذا أقبضها من المشتری مجموعا لتکون أمانة عنده فلا یوجب ذلك خروج الخصوصیات عن ملکه فانه بلاموجب فانه لم یقبضها بعنوان اقباض الحق ،بل الامانة و ح فاذا تلفت الصبرة أجمع فیکون حکمها حکم التلف قبل القبض ٠

لوباع ثمرة شجرات و استثنی منها ارطالا معلوما

قوله : و انما الاشکال فی أنهم ذکروا فیما لو باع ثمرة شجرات و

استثنى منها ارطالا معلومة أنه لوخاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه و ظاهر ذلك تنزيل الارطال المستثناة على الاشاعة ·

أقول : قدعرفت أنه ذكر المصنف أنه لو باع صاعا من الصبرة أو منّا من الحنطة فيحمل على الكلى ،ويكون المبيع هنا كلى المنّ و كلى الصاع ملغى عنه الخصوصيات السارى على جميع امنان الصبرة وأصواعه و رتب عليه أنه لو تلفت الصبرة ولم يبق الاّ بقدر الصاع و المنّ فيحسب التالف على البايع لكونه تلفا قبل القبض ·

ثم ذكر ان ظاهر الفقهاء فى بيع ثمرة الشجرات واستثناء أرطال معلومة منها على خلاف ماذكرناه فانهم ذكروا هنا أنه لو خاست الثمرة فيحسب التالف على البايع و المشترى و سقط من المستثنى بحسابه وقد ذكروا للتفص عن هذه العويصة وجوها :ـ

الاول : أن الفارق بين المسألتين هو النص فان الصحيحة الواردة فى بيع الاطنان من القصب قد دلّت على حمل بيع الصاع من الصبرة على الكلى ،والاّ فمقتضى ظهور اللفظ هو الاشاعة فى كلا المسألتين ·

و يرد عليه وجوه مع تسليم الحمل على الاشاعة فى بيع الكلى مع انا لم نسلم ذلك ،وقلنا بأن ظاهر اللفظ هو الكلى مع ورود النص عليه كما عرفت·

الاول : ماذكره المصنف(ره) من أنه ان كان النص واردا على طبق القاعدة كما هو الظاهر ،فان الظاهر أن الامام(ع) اجاب على طبق المتفاهم العرفى لزم التعدى منه الى مسألة استثناء ،فانه لافرق بينهما الاّ أن مسألة الاستثناء على عكس مسألتنا ،هذا و هو بانفراده لا يوجب الفرق بينهما و ان كان واردا على خلاف القاعدة و التعبد المحض فلا يجوز التعدى من مورده أعنى بيع القصب الى غيره ،بل من غير المشتغلين فهل يتبع حينئذ

كبيع الصاع من صبرة الحنطة و الشعير و نحوهما ·

و يمكن الجواب عنه بدعوى القطع بعدم الفرق بين بيع القصب و بيع الحنطة فانهما من واد واحد، لانا نقطع بانه لو كان السائل يسأل الامام (عليه السلام) عن بيع عشرة آلاف ارطال من الحنطة من ارطال و تلفت الآ عشره الاف فأجاب الامام (ع) بمثل ما أجابه فى بيع القصب·

الجواب الثانى : ماذكره المصنف فى آخر كلامه من أنه لوقلنا بالاشاعة للزم عدم جواز تصرف المشترى فى الثمرة الا باذن البايع كما هومقتضى الشركة مع أنه لم يعلم من الاصحاب الحكم بعدم جواز تصرف المشترى الآ باذن البايع، بل يجوز له التصرف فى الثمرة ·

و ثالثا : ما أشار اليه المصنف أيضا من أن لازم الحمل على الاشاعة أنه لو تلف مقدار من الثمرة بتفريط المشترى كان ضامنا للبايع فى حصة من التالف و يكونان شريكين بالنسبة الى الباقى مع انهم حكموا بوجوب اداء المستثنى تماما من الباقى فهو لا يجتمع مع الاشاعة، بل مع الكلية كما لا يخفى ·

و رابعا : يلزم أن يكون النص واردا على خلاف ما قصده المتبايعان فان لازم ظهور النص فى الاشاعة وخروج مسألة بيع الاطنان من القصب على خلاف القاعدة للنص يلزم أن يحكم الامام (ع) على خلاف ما قصدا من العقد فهو لا يمكن فانه لو فرضنا أن السائل كان يصرح بالاشاعة كان يحكم الامام (عليه السلام) بكون المبيع كليا وقد مرّ مرارا عديدة أنه أمر غير معهود ·

الثانى : أن مقتضى ظاهر اللفظ فى المسألتين هو حمل الصاع على الكلى الآ أنه قام الاجماع على الحمل على الاشاعة فى مسألة الاستثناء ·

و فيه أولا : أن الاجماع ليس بنفسه حجة بل لكونه كاشفا عن دليل معتبر ،و نحن نقطع بانتفائه في المقام وعدم استنادهم اليه ٠

و ثانيا : يرد عليه ما أوردناه على الوجه الاول من الوجوه الثلاثة الاخرة ٠

الثالث: أن الفارق بين حمل الصاع على الكلى في المقام وبين حمله على الاشاعة في مسألة الاستثناء و نظائره كالزكاة التى يحسب التالف فيها على المالك و الفقراء أن الفارق هو اعتبار القبض في لزوم البيع و وجوبه على البايع في بيع الكلى فمادام يمكن دفع المبيع الى المشترى يجب الاقباض و من الواضح أنه مع بقاء فرد يمكن انطباق الكلى عليه ، يجب الاقباض كما في بيع الكلى في الذمة و هذا بخلافه في مسألة الاستثناء و الزكاة ٠

و فيه أولا : ماذكره المصنف من أنه مضافا الى تحقق ايجاب القبض في مسألتى الزكاة و الاستثناء أن وجوب الاقباض ولزوم العقد مسلم و لكن لا دليل لوجوب الاقباض في اللزوم بوجه ،ولا نفهم معنى هذه العبارة كما لم يفهمه المصنف ،وان ايجاب القبض على البايع فرع كون المبيع كليّا ومنطبقا على الباقى فانه مع عدم البقاء كلا أو بعضا لا يبقى موضوع لوجوب الاقباض لانفساخ العقد ٠

و بعبارة أخرى حكم حمل المبيع على الاشاعة هو انفساخ العقد في المقدار التالف وعدم بقاء الموضوع لوجوب الاقباض و حكم حمله على الكلى هو بقاء المبيع ووجوب دفعه الى المشترى و اقباضه منه هذا بحسب الكبرى

و أما احراز الصغرى و اثبات أنه محمول على الاشاعة أو على الكلى فلابدّ و ان يتحقق من الخارج فإثبات الكلية بوجوب الاقباض الذى فرع على

الكلية مصادرة واضحة ·

و ثانيا : أن دليل اخص من المدعى فانا نفرض مرردا يكون المبيع تحت يد المشترى فى بيع الكلى اما بالاجازة أو بالامانة أو بالعارية ، أو بالغصب ، فح فالمبيع تحت يد المشترى فلاموضوع لوجوب الاقباض أصلا ومن هنا يعلم أن قياس المقام ببيع الكلى فى الذمة فرع احراز الكلية كما لا يخفى ·

و أما قياس الاستثناء بالزكاة ، ففى غير محله اذ ليس الفقير شريكا مع المالك فى المال الزكوى كما حقق فى محله ·

الرابع : ماذكره فى مفتاح الكرامة من ابداء الطرق بين المسألتين بدعوى أن التلف من الصبرة فى المسألة السابقة أعنى بيع الكلى انما هو قبل القبض فيكون على البايع و يلزم عليه مع ذلك أن يسلم من الباقى تمام المبيع فانه لم يذهب منه على المشترى شيء لاجل التلف و هذا بخلاف مسألة الاستثناء فان التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشترى ، أما على الاشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما و لهذا لم يحكم بضمان المشترى هنا بخلاف البايع هناك فانه حكم بضمانه هناك ·

وبعبارة أخرى أن المشترى فى بيع الكلى يتلقى الملك من البايع فمادام فى البين مصداق للكلى المبيع لينطبق عليه ذلك الكلى فيجب اقباضه باقباض المصداق ، و هذا بخلاف الاستثناء ، فان المستثنى فيه من الاول باقى فى ملك البايع فلا يجب التسليم و الاقباض والايفاء أصلا فيكون التلف عليهما لكون كل منهما مالكا للخصوصيات ·

و بعبارة ثالثة : أنه يدعى أن المبيع فى المقامين هو الكلى ·

و الجواب عنه : أولا : من تبعية وجوب الاقباض بكون المبيع كليا ومتفرعا

عليه وعدم كونه نحو الاشاعة فاثبات الكلية بوجوب الاقباض مصادرة واضحة

وثانيا : أن الدليل أخص من المدعى فان تفرض المبيع تحت يد المشترى فى بيع الكلى اما بالغصب أو بغيره كما تقدم ·

وثالثا : بناء على الاشاعة فى مسألة الاستثناء لا يجوز للمشترى أن يتصرف فى الثمرة الا باذن البايع ومع اتلافه مقدارا منها فيكون ضامنا لحصة البايع مع اشتراكهم فى البقية كما ذكره المصنف ·

ورابعا : ماذكره المصنف من أنه ان كان المراد من التلف بعد القبض أى بعد قبض المشترى فلاشبهة أن البايع لا يضمن التالف من حق المشترى وانما الاشكال فى الفرق بين المسألتين ·

وان أريد منه أن الكلى الذى يملكه البايع تحت يده بعد العقد ، فحصل الاشتراك عنده فاذا دفعه الى المشترى فدفع مالا مشتركا اليه ، فح أيضا يبقى سؤال الفرق بين قولنا بعتك صاعا من الصبرة وبين قولنا بعتك ثمرة البستان الا ارطالا معلومة فكلاهما من واد واحد فلماذا حصل الاشتراك فى الثانى دون الاول فان كون المجموع تحت يد البايع لا يوجب الاشتراك ولا يرد على المصنف أنك قلت بحصول الاشتراك فى بيع الكلى باقباض البايع مجموع الصبرة فلماذا لا يحصل الاشتراك هنا بكون مجموع الثمرة تحت يد البايع، فالبايع هنا بعينه مثل المشترى هناك ·

فانا نقول ان المصنف قد التزم هنا بالاشتراك لمكان الاقباض فان اقباض المالك الكلى يوجب تمليك الخصوصية وتمليك الخصوصية موجبة للاشتراك بخلافه هنا نعم لو كانت الثمرة تحت يد المشترى وهو يقبض البايع مجموع الثمرة فحصل الاشتراك فحصل الفرق بين المقامين وان لم نقبل ماذكره المصنف وقلنا ان اعطاء الصبرة للمشترى باجمعها لايوجب الاشتراك

كما عرفت.

الجواب الخامس : ماذكره المحقق الايروانى أن الذى ينبغى مقائسته من مسألة الارطال بمسألة بيع صاع من الصبرة هو المبيع وهو ماعدا الارطال دون نفس الارطال التى لم تقع عليه المعاملة فان مكانة الارطال هنا مكانة بقية الصبرة مما عدا صاع منها من تلك المسألة و مكانة ما عدا الارطال هنا مكانة الصاع من تلك المسألة فان المعاملة وقعت على ما عدا الارطال فيكون المبيع كليّا فمقتضى القاعدة هنا كون التلف على البايع و لكن حيث كان التلف بعد القبض مع كون حق البايع من الارطال منتشرا فى المجموع فيكون التلف منهما.

و فيه أولا : أنه خلاف المتفاهم العرفى فانه لو ألقى هذا الكلام لأحد لا يفهم منه الاّ كون المستثنى منه ملكا للمشترى بجميع الخصوصيات بحيث قد ملكه البايع العين بجميع الخصوصية فلاوجه لكون المستثنى منه أيضا كليا.

و ثانيا : يرد عليه مما تقدم من عدم جواز تصرف المشترى فى المجموع الاّ باذن البايع و حساب التالف عليهما حتى لو كان المتلف هو المشترى و كون البقية بينهما سيان غاية الامر أن المشترى يضمن للبايع فى حصته فى صورة الاتلاف.

قوله : ويمكن أن يقال ان بناء المشهور فى مسألة استثنا الارطال أن كان على عدم الاشاعة.

أقول : هذا هو الوجه من الاجوبة قد أجاب به المصنف على تقديرى الكلى و الاشاعة أما على الاول كما هو الظاهر فلأن المتبادر من الكلى المستثنى هو الكلى الشايع فيما يسلم للمشترى لا مطلقه الموجود وقت البيع و هذا الجواب بظاهره يعطى خلاف المقصود فان الاشكال كان فى حمل

بيع صاع من الصبرة في المسألة السابقة فظاهرها المنافات لبيع الثمر واستثناء الأرطال المعينه حيث ذكر الفقهاء أن التالف يحسب عليهما فان هذا ظاهر في الحمل على الاشاعة و ظاهر ما ذكره المصنف هنا هو عدم حساب التالف عليهما ، بل على المشتري فلايكون هنا تنافي مع المسألة السابقة مع أن المشهور حكموا بكون التالف عليهما و لعله سقط في كلامه و أنه أراد ما سنذكره من الجواب .

و أما على الثاني فأجاب بان المستثنى كما يكون ظاهرا في الكلي كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل الى المشتري بالبيع كليًا بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلي يقع عليه البيع فمعنى بعتك هذه الصبرة الآصاعا منها بعتك الكلي الخارجي الذي هو المجموع المخرج عنه الصاع فهو كلي كنفس الصاع فكل منهما مالك لعنوان كلي فالموجود مشترك بينهما لا ن نسبته كل جزء منه الى كل منهما على نهج سواء فتخصيص أحدهما به ترجيح من غير مرجح و كذا التالف نسبته اليهما على حد السواء فيحسب عليهما ، و هذا بخلاف ما اذا كان المبيع كليًا فان مال البايع ليس ملحوظا بعنوان كلي في قولنا بعتك صاعا من هذه الصبرة اذ لم يقع موضوع الحكم في هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلي كنفس الصاع .

مثلا اذا كان عنده خمسين رطلا من الطعام فباعه الا عشرة أرطال فان هذه العشرة تكون كلية فاذا كانت كلية فتكون المستثنى منه قهرا كليا أيضا فالمال الموجود في الخارج مشترك بينهما على الاشاعة فيكون التالف عليهما .

و فيه أولا : أنه لا وجه لكون المستثنى منه كليًا اذ البايع كان مالكا للارطال مع الخصوصيات فاذا باعها من شخص الاّ أرطالا معلومة فتكون

الخصوصيات ملكا للمشتری و الاّ یلزم أن تبقی مال بلا مالك أو تكون ملكا لشخص آخر بلا سبب ملك ،فكل ذلك لا یمكن الالتزام به علی أن هذا لا یرفع الاّشكال و هو أنه علی الاشاعة كیف یجوز للمشتری أن یتصرف فی المجموع بلا اذن البایع الشریك مع انهم افتوا بجوازه و أنه مع الاتلاف من المشتری كیف یحسب علیه و یكون حق البایع فی الباقی مع أن مقتضی الشركة كون التالف علیهما و ضمان المشتری علی حصة البایع و كونهما شریكین فی الباقی أیضا و لعله التفت بعدم صحته و قال أن هذا ما خطر ببالی عاجلا و لعل غیرنا یأتی باحسن من هذا ،و قد اوكلنا تحقیق هذا المقام الذی لم یبلغ الیه ذهنی القاصر الی نظر الناظر البصیر الخبیر الماهر عفی اللّه عن الزلل فی المعاثر ٠

و بالجملة لم یتحصل لنا من الاجوبة التی لاحظناها ما یرفع الاشكال و یوجب جواز الجمع بین حساب التالف علیهما و جواز تصرف المشتری فی المجموع و كون التالف علیه فی صورة اتلافه فلابد فی المقام من جواب یجمع بین هذه الامور الثلاثة ٠

و الذی ینبغی أن یقال و لعله هو محتمل الجواب الاول للمصنف و أن المستثنی هو الارطال المعلومة بعنوان الكسر الكلی كما هو الظاهر من اضافة من مجموع ما سلم للمشتری دون مجموع المال و لیس المستثنی هو الكسر المشاع بل الامر كذلك حتی مع التعبیر عنه بلفظ المن و الصاع و الرطل و نحوها فان الظهور العرفی منها و ان كان عنوان الكلی منها بنفسها و لكن الارتكاز جار علی كونها علی أحد النسبه الممكنة فی الصبرة كواحد من المائة مثلا مما سلم بحیث یكون الباقی و التالف بینهما سیان و هذا لا ینافی الكلیة كما هو واضح ٠

و توضيح ذلك أن بيع الكسر الكلي يتصور في مرحلة الثبوت على أقسام ثلاثة :ـ

الاول الكسر الى المبيع كقولك بعتك نصف الصبرة أو ربعها مثلا أو غيرهما من الكسور أن يكون على نحو القضية الخارجية كما اذا قال بعتك ربع هذه الصبرة فان المبيع هنا كسر كلي على نحو القضية الخارجية فانه موجود في هذه الصبرة بعنوان الكلية دون الاشاعة فان ربع هذه الصبرة أمر كلي لانه قابل الانطباق على هذا الطرف و ذلك الطرف من اليمنى أو اليسرى أو الفوق أو التحت، الى غير ذلك مما يكون فردا لهذا الكلي و يكون هو قابل الانطباق عليه من الافراد المتصورة .

الثاني : أن يكون المبيع كسرا كليا و لكن لا بنحو القضية الخارجية، بل بعنوان القضية الحقيقية و هذا المعنى و ان لم يجر في البيع لكونه موجبا للجهالة و الغرر ولكن يمكن جريانه في باب الوصية و ان لم يعهد فيها هذا الوجه أيضا ،لان المعهود في الوصية هو الوجه الثالث و لكن لو أوصى أحد كذلك فلا محذور فيه شرعا كما اذا اوصى بان كلما يكون مالا لي فربعه على نحو الكسر الكلي لفلان ،فان هذه قضية حقيقية تنطبق على ربع كل مال حصل في يد الموصى فيكون للموصى له بنحو الكلية لا بنحو الشركة .

الثالث: أن يكون أيضا كليّا على نحو القضية الخارجية و لكن تكون في حصة خاصة و هذا أيضا لا يمكن في البيع للجهالة و الغرر ولكنه موجود في باب الوصية جدا بحيث لو اوصى أحد كك فلا محذور فيه وإن كان يحتاج الى القرائن في مقام الاثبات و ان كانت هو الارتكاز كما يمكن دعواه في الوصية و البيع فان الارتكاز على ذلك بل الامر كك في باب الوصية غالبا

و الشركة على نحو الاشاعة فيها نادرة جدا كما إذا اوصى لزيد ربع ما يسلم للورثة على نحو الكسر الكلى بمعنى أن كما اجتمع أموالى تحت يد الورثة فربعه لزيد على نحو الكلى دون الاشاعة و هذا المعنى كما عرفت موجود فى باب الوصية فان من اوصى ربع ماله لفلان فليس معناه أنه شريك مع الورثة على الاشاعة و لو بقرينة الارتكاز ولا أن ربع مجموع المال الأعم مما يسلم و مما لا يسلم له و الا فربما يكون ما يحصل من التركة للموصى له مجموعا بل معناه أن ربعه الكسرى الكلى الذى يسلم من التلف و الظاهر أنه لا يشك أحد فى صحة ذلك الكلام فى هذا المعنى و لو بالارتكاز العقلائى فى باب الوصية بل عليه جريان السيرة العملية ما لم تكن تصريح على خلافه من الشركة على نحو الاشاعة .

و بالجملة الذى ذكرناه لاغبار فيه ثبوتا و ان كان يحتاج الى القرائن فى مقام الاثبات فان غرضنا تصحيح هذا المعنى فقط فى عالم الثبوت ففى مقام الاثبات فيتبع لسان الدليل كما لا يخفى أو القرائن الخارجية كما فى باب الوصية وكذلك فيما نحن فيه لشهادة الارتكاز على ذلك .

اذا عرفت ذلك فندعى جريان ذلك فى مسألة الاستثناء فان قول القائل بعتك مجموع الثمرة الا ارطالا معلومة معناه بعتك مجموعها كسرا كليّا مما يسلم و هو الواحد فى المائة أو العشرة أو أقل أو اكثر، مثلا فيكون عنوان الرطل معرّفا الى ذلك الكسر الكلى ففى الحقيقة أن البايع يستثنى من العشر مثلا واحدا مما يبقى من الثمرة للمشترى الذى يسمى كسرا كليّا و يجعل عنوان الرطل أو المنّ أو الصاع معرّفا اليه و هذا و ان كان فى نفسه على خلاف الظاهر فان ظهور المن أو الرطل و نحوهما فى الكلى فى المعيّن و حملها على الكسر الكلى على خلاف الظاهر و لكن قامت القرينة

على ماذكرناه والارتكاز فانه قائم على اراد تماذكرناه من مثل هذا الكلام (بعتك الثمرة الاّ ارطالا معلومة) فان الارتكاز العقلائى محقق على أن المراد منه هو الكسر الكلى مما يسلم و يتحصل للمشترى من الثمرة دون الشركة و الا شاعة و لا الكلى فى مجموع الثمرة بحيث أن ما يسلم للمشترى لو كان بمقدار المستثنى يكون المجموع للبايع، بل هو الكسر الكلى أى حد معيّن من حد معين كالواحد من المائة مثلا ·

وعلى هذا فنسلم من جميع الا شكالات فانه لو تلفت الثمرة بآفة سماوية يكون التالف عليهما فان حق البايع الكسر الكلى مما سالم للمشترى والتالف خارج بحسب الارتكاز ولو اتلفه المشترى كان حق البايع من الباقى ،فان التالف مما يسلم فهو باختياره اتلفه و يجوز للمشترى التصرف فى مجموع الثمرة لان البايع ليس شريكا فى الثمرة حتى يحتاج تصرفه الى الاجازة و كان لفظ الكسر قبل لفظ الكلى فى عبارة المصنف لكان عين ماذكرناه و كان (أن المتبادر من الكلى المستثنى هو الكسر الكلى الشايع فيما يسلم للمشترى لا مطلق الموجود وقت البيع) و لعله كان كذلك و قد سقط من عبارته والله العالم ،و لا يلزم كون المعاملة غررية أو كون المبيع مجهولا فان المبيع معلوم وهو مجموع الثمرة و ما استثنى من مجموع الثمرة أيضا معلوم ، فالتلف انما يرد على المستثنى والمستثنى منه المعلومين لا أن المبيع هو الباقى بعد التلف ليكون مجهولا أو غرريا كما هو واضح ·

و يمكن الجواب بوجه آخر بأن يقال أن قولك بعتك مجموع الثمرة هذا البستان الاّ عشرة أرطالا أن كل واحد من المستثنى والمستثنى منه يتحللان الى الاجزاء فكانه قال بعتك عشرة الا واحدا فيكون مفاد ذلك أن المستثنى من كل عشرة واحدة مثلا بنحو الكلى فى المعين وهكذا الى ان ينتهى

كلما يتصور من الاجزاء التحليلية والفرق بين هذا و الوجه الاول هوأن فى الاول كان المشترى جائز التصرف فى المجموع لأن حق البايع كان كليا بخلافه هنا فانه لا يجوز له التصرف فى المجموع فان المفروض أن الواحد من كل عشرة مثلا للبايع فبالتصرف فى العشرة قطعا ينصرف فى حق البايع أيضا ،ولكن الشرط الضمنى موجود على جواز التصرف فى المجموع.

و على هذا فيرتفع الاشكال أيضا ويجتمع الامور الثلاثة أماكون التالف عليهما فلما ذكرنا كون المستثنى و المستثنى منه منحلين الى الاجزاء وأن من كل جزء جزء كالواحد من العشرة فاذا تلفت العشرة فيتلف من كل منهما جزء كما هو واضح .

و أما أنه يجوز للمشترى التصرف فى المجموع فلما عرفت من كون الشرط الضمنى على ذلك.

و أما أنه مع اتلاف المشترى من الثمرة شيئا فيكون حق البايع من الباقى فهو أيضا للشرط الضمنى و هذان الوجهان خصوصا الثالث على خلاف الظهور بمكان و لكن الذى يسهل الخطب أن الغرض لتصوير كلام القوم فى مسألة استثناء الارطال المعلومة من المبيع على نحو لا يكون منافيا لحمل بيع صاع من الصبرة على الكلى فى المعيّن .

ثم لا يخفى عليك أنه يمكن الجواب بحمل الارطال على الاشاعة و الجواب عن عدم جواز تصرف المشترى فى المجموع و كون حق البايع من الباقى مع اتلاف المشترى مقدارا منه بالشرط الضمنى كما عرفته فى الوجه الثانى هذا ما عندنا و لعل غيرنا يأتى بما هو أحسن من ذلك كما ذكر المصنف بقوله هذا ما خطر عاجلا بالبال و قد اوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ اليه ذهنى القاصر الى نظر الناظر البصير الخبير الماهر

عفى اللّه عن الزلل فى المعاثر ·

الكلام فى اقسام بيع الصبرة

قوله : قال فى الروضة تبعا للمحكى عن حواشى الشهيد أنّ أقسام بيع الصبرة عشرة ·

أقول : حاصل ما ذكره الشهيد أن أقسام بيع الصبرة المعلومةخمسة و باضافة خمسة أقسام للبيع الصبرة المجهولة فتكون الاقسام عشرة أماأقسام الصبرة المعلومة :ـ

فالاول : أن يبيع مجموع الصبرة فهذا لا شبهة فى صحته لانهلا تطرقه شيء من الموانع الموجبة للبطلان ·

الثانى :أن يبيع نصفها على نحو الاشاعة ·

الثالث: يبيع مقدار منها كصاع تشتمل عليه الصبرة ،وهذا هو بيع الكلى فى المعيّن الذى تقدم الكلام فيه مفصلا ،وقلنا انه لا شبهة فى صحته أيضا ·

الرابع: بيع مجموع الصبرة على حساب كل صاع منها بكذا وهذاأيضا لااشكال فى صحته فان المبيع أمر معلوم وكذلك الثمن فلا شيء هنا يوجب البطلان ·

الخامس : أن يبيع كل صاع منها بكذا و نظير كذلك ما ذكرها العلامة فى بعض كتبه من الاجازة كأن قال الموجر أجرتك الدار كل شهر بكذا ،و قد وقع مثل هذه الاجازة محل الكلام بين الاعلام هل هى صحيحة أم لا و مرادهم وقوع الخلاف فى غير الشهر الاول ،فان صحة الاجارة فى الشهر

متیقن کما ذکره العلامة من صحة الاجارة فی الشهر الاول لتضمن هذا القول اجارة هذا الشهر یقینا و المقام أیضا کذلك فلازم کلامهم فی الاجارة کون البیع صحیحا فی صاع واحد لکونه متیقنا من هذا الکلام من غیر أن یقترنه ما یوجب البطلان و أما فی غیر صاع الواحد فیحکم بالبطلان لکون المبیع مجهولا اذ لا یعلم أنه أی مقدار فان المبیع هو کل صاع من الصبرة أی مقدار منها یرید المشتری ومن الواضح أن عنوان کل صاع منها بکذا أمر مجهول ، وهکذا فی المعدود ولکن قد حکم شیخنا الاستاذ علی البطلان فی کلا المقامین لان تردد متعلق العقد بین الاقل و الاکثر یقتض الجهل به فیکون باطلا ولکن ظاهر الکلام أن الاجارة فی هذا الشهر و ما بعده فیکون العقد فی الشهر الاول أو فی الصاع الواحد صحیحا کما هو واضح علی ما عرفت و لیس هذا مثل سابقه فان المبیع فیه مجموع الصبرة ، و انما یتعین مقدار الثمن بالصاع فانه باع مجموع الصبرة علی حساب کل صاع بکذا کما هو واضح ، وهذا بخلافه هنا فان المبیع فی المقام هو کل صاع مع الجهل بأن البایع أی مقدار یرید أن یأخذ منها .

و بالجملة أن مجموع أقسام بیع الصبرة صحیحة الاّ القسم الخامس فان کل ما یعتبر فی البیع و المبیع من عدم الغرر و الجهالة ووجود الکیل و الوزن و غیرها من الشرائط کلّها محققة فیه ، وأما الخامس فقد عرفت بطلانه لجهالة المبیع کما هو واضح .

و أما اذا کانت الصبرة مجهولة فیبطل بیع مجموعها للجهالة والغرر ولاعتبار الکیل والوزن و العد فی المکیل و الموزون و المعدود فکلها منتفیة فی ذلك وکذلك یبطل بیع جزء منها فان المجموع اذا کان مجهولا فیکون الجزء منها کالنصف و الربع و التسع أیضا مجهولا و اذا بطل فی المجموع

بطل فى الجزء أيضا و كذ لك يبطل بيع كل قفيز أو صاع منها بكذا فانه كان فى فرض معلومية الصبرة باطلا فكيف اذا كانت مجهولا ·

و أما بيع مجموع الصبرة على حساب كل صاع منها بكذا فحكم المصنف و شيخنا الاستاد بالبطلان هنا للجهالة و الغرر ولكن الظاهر هو الصحة هنا لعدم جريان شئ من الموانع فيه أما الغرر فمنفى جزما فان المفروض أن كل من البايع و المشترى عالمان بما يأخذه من الاخر غاية الامر لا يعلمان كل منهما أن أى مقدار يدخل فى كيسه وأى مقدار يخرج منه وأما ان الخارج و الداخل على سبيل المجازفة ليكون غررا فلا ، بل كل من الثمن و المثمن يدخل فى ملك الاخر على ميزانه ومن الواضح انه لا دليل على كون مثل هذه الجهالة موجبة للبطلان ، وأما سائر الجهات المعتبرة فى البيع من الكيل والوزن و العدد و غيرها فكلها موجود فيه ، ومع ذلك فأى وجه للحكم بالبطلان ، بل قد تقدم سابقا أنه يصح تبديل مقدار الارز بمقدار من الحنطة مع الجهل بالمقدار لعدم الغرر ولكن النصوص الدالة على اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون اوجب البطلان ·

و بالجملة أن المستفاد من الروايات الواردة فى اعتبار الكيل والوزن أن بيع المجازفة باطل ، ومقابله عدم المجازفة ومن الواضح أن بيع الصبرة المجهولة على حساب كل صاع بدرهم بحيث يكون الخارج من ملك كل منهما و الداخل فيه معلوما ليس بيع جزاف بل بيع على الميزان غاية الامر لا يعلم كل منهما أن أى مقدار يخرج من كيسه وأى مقدار يدخل فى كيسه و هذا مقدار من الجهالة لا دليل على كونها مبطلة ·

وأما بيع صاع منها بكذا فهو بيع الكلى من الصبرة فأيضا لا شبهة فى صحته وان لم يعلم مقدار الصبرة فان الجهل بها يوجب الجهل بنسبة

المبیع الیها باحدی الکسور و هذا المقدار من الجهالة لا دلیل علی کونها موجبة للبطلان ،کما لا یخفی ٠

و حاصل الکلام أن أقسام بیع الصبرة المعلومة خمسة ، و أقسامها المجهولة أیضا خمسة ویشترك بعضها مع بعض ویفترقان فی بعض الاقسام أما بیع الصبرة مجموعا علی حساب کل صاع بدرهم فلا شبهة فی صحته سواء کانت الصبرة معلومة أو مجهولة وأما فی صورة العلم بمقدار الصبرة فواضح وأما مع الجهل بها و ان اشکل فیه المصنف وشیخنا الاستاذ ولکن الظاهر هو الصحة فی صورة الجهل أیضا اذ لا دلیل علی البطلان بوجه کما عرفت و مجرد کون المتبایعین جاهلین بمقدار ما یدخل فی کیسهما ویخرج عنه لا یوجب البطلان اذ لا دلیل علیه کما عرفت٠

و أما بیع کل صاع بکذا من الصبرة فلا شبهة فی فساده لجهالة المبیع و مجرد کونه معلوما عند الله لا یصحح البیع اذ لا یعلم کل منهما أن الثمن و المثمن أی مقدار ففی مثل ذلك لا یعتبر العقلاء الملکیة أیضا فانه یتوقف علی ما یقوم به الاضافة فالمبیع لا یعلم أنه أی مقدار حتی یعتبروا الملکیة علیه نعم فللصحة فی صاع واحد وجه فان الظاهر من مثل هذا الکلام کونه متیقن الارادة فیکون معلوما کما هو کذلك فی الاجارة أیضا ولا یفرقون فی ذلك بین کون الصبرة معلومة أومجهولة فان المبیع لیس هو مجموع الصبرة ، بل کل صاع ولا یقاس هذا بصورة بیع الصبرة علی حساب کل صاع بکذا فان المبیع هو مجموع الصبرة و ذکر الصاع لبیان المیزان للثمن و تقدیره٠

و أما بیع مجموع الصبرة أو نصفها أو ثلثها مثلا فلا شبهة فی صحته فیما اذا کانت الصبرة معلومة اذ لیس فیه شیء مما یوجب البطلان و أما فیما اذا کانت الصبرة مجهولة فلا شبهة فی البطلان للجهالة والغرر وکونه

جزاف فلابد من تقديره بالكيل و الوزن و العد ونحوها ٠

و أما بيع صاع من الصبرة على نحو الكلى فأيضا لا شبهة في صحته سواء كانت الصبرة معلومة أو مجهولة أما في صورة العلم بها فواضح كما تقدم الكلام فيه مفصلا وكذا في صورة الجهل بها اذ ليس فيه غرر وجهالة الا من جهة نسبة المبيع الى مجموع الصبرة أنها بالنصف أو بغيره و هذا لا يوجب البطلان ٠

نعم وقع النزاع في أنه هل يعتبر في صحة البيع العلم باشتمال الصبرة عليه أم لا ، ظاهر شيخنا الاستاذ نعم من جهة أن عدم العلم بوجود المبيع من اعظم انحاء الغرر ولكن الظاهر عدم الاعتبار وفاقا لشيخنا الانصارى و ذلك لوجهين :ـ

الاول ما افاده شيخنا الانصارى من أنه لا غرر في ذلك بوجه لا من جهة رفع الغرر بالخيار ، بل لعدمه في نفسه و ان قيل أن عدم العلم بوجود المبيع من أعظم انحاء الغرر وتوضيح ذلك أنه اذا باع بشرط أنه اذا لم تشتمل عليه الصبرة فيكون له الخيار فهذا لا شبهة في صحته و ليس له غررا اصلا فانه مع عدم ظهوره كك يكون له الخيار ، بل يجوز له البيع معلقا على وجود المبيع فانه مع عدمه يكون له الخيار ولا يضر التعليق هنا فانه انما يضر اذا كان معلقا على أمر خارجي لا على وجود المبيع فانه ارتكازى ذكر أم لا ، فضلا عن البطلان و توهم أن الخيار لا يرفع الغرر فهو حق فيما كان الخيار ثابتا بالتعبد لا بجعل المتعالمين أو بالشروط الضمنية فانه يرتفع الغرر بمثل ذلك ٠

و بالجملة أن المقام نظير ما باع ما يحاذى بمائة دينار بدينارين مع الخيار فانه ليس له ضرر في ذلك أصلا لكونه مخيرا في الابقاء والامضاء ،

و انما يكون عليه ضرر اذا باعكك لزوما وبدون الخيار ، بل يصح البيع على تقدير الوجود من غير علم به اصلا لعدم الغرر فيه و ليس مثل بيع الطر فی الهواء والسمك فی الماء فانه باطل لكونه بيعا منجزّا و على كل حال فليس التعليق موجبا للبطلان ، فان التعليق على وجود المبيع من الامور المرتكزة المقطوعة ومن الشروط الضمنية فيكون خارجا عن معقد الاجماع القائم على بطلان التعليق فی العقود ٠

الثانی : أنك عرفت مرارا أن البيع الواحد ينحل الى بيوع عديدة باعتبار انحلال المبيع، وعليه فاذا باع وزنة من الصبرة مع الجهل باشتمالها عليها فظهر انها غير مشتملة عليها فيكون البيع صحيحا فی المقادر الذی موجود فی الصبرة ويبطل فی الباقی فيكون من قبيل ضم الصحيح بالباطل كبيع مال نفسه مع مال غيره وبيع الخل مع الخمر و بيع الغنم مع الخنزير ٠

و اما ثبوت الخيار و عدم ثبوته للمشتری فيتوقف على أن الهيئة الاجتماعية دخيلة فی زيادة المالية كمصراعی الباب و جلدی اللعمتوا اللغة وجوزی الخف ونحوها أم لا ، فعلى الاول فيثبت له خيار تبعض الصفقة ، و على الثانی فلا ، وذلك لما سيأتی فی باب الخيارات أن ثبوت غير الخيارات التعبدية كخيار المجلس و الحيوان و العيب انما هو بأحد أمرين أحدهما بالاشتراط و الثانی بكون الهية الاجتماعية دخيلة فی زيادة الثمن كالأمثلة المتقدمة ٠

الكلام فی بيع العين على المشاهدة السابقة

قوله : مسألة اذا شاهد عينا فی زمان سابق على العقد عليها فان

اقتضت العادة تغيّرها عن صفاتها السابقة الى غيرها المجهول عند المتبايعين فلا يصحّ البيع الاّ بذكر صفات.

أقول : اذا شاهد العين في زمان سابق فهل يجوز بيعها أم لا ؟ فيقع الكلام في مقامين ، الاول : في صحة البيع وعدمه ، الثاني : في ثبوت الخيار مع التخلف وعدمه.

أما المقام الاول : فنقول انه تارة تقتض العادة بعدم التغير ، فلا شبهة في صحة ولا خلاف فيها كما اذا شاهدها قبل ساعة أو ساعتين فان العادة جارية على بقائها عن الحالة التي شوهد عليها كما اذا شاهد جارية قبل شهر فاشترها بعد الشهر ، فان العادة جارية على بقائها في تلك الحالة الاولية.

و اخرى أن العادة تقتضي عدم بقائها على الحالة الاولية كما اذا شاهد الجارية قبل أربعين سنة في سن عشرين ووجدها جميلة و قوية البصر و السمع على الخياطة و سائر الصنايع و بعد مضى الاربعين يريد أن يشتريها بتلك المشاهدة فان العادة جارية على تغيرها قطعا وكونها عجوزة نهيبة بالية وضعيفة البصر وقبيحة المنظره ، وهذا لا شبهةفي بطلانه أيضا و كلاهما خارجان عن محل الكلام.

و انما مورد النزاع مايشك في بقائها على تلك الحالة الاولية و عدم بقائها لعدم جريان العادة بشيء فيها فهل يجوز البيع هنا ، عملا بالاستصحاب لكونه من الطرق العقلائية المتعارفة من غير ذكر شيء من الصفات أم لا ؟ فقد حكم المصنف بالصحة للاعتماد على الاصل المذكور وقد اشكل عليه شيخنا الاستاذ لعدم اعتبار الاستصحاب هنا لأن الاثر لم يترتب على الواقع ، بل على احراز الصفات كانت في الواقع أو لم تكن ، فان

ارتفاع الغرر من آثار العلم بوجود هذه الصفات فاستصحاب بقاء الصفات لا أثر له ٠

ویرد علیه أنه مخالف لما بنی علیه فی الاصول من قیام الاصول مقام القطع الطریقی المحض و القطع الموضوعی کلیهما فح فلا مانع من ترتب الأثار المترتبة علی احراز الصفات کانت فی الواقع أو لم تکن ،ولکن الذی یرد علی الاستصحاب أن الاثار هنا لا تترتب علی الصفات الواقعیة ولا علی احراز الصفات الواقعیة اعنی العلم بکون العین علی الصفات التی شوهدت علیها و انما من اللوازم العقلیة لاحراز الصفات الواقعیة توافقت أم لا ؟ وذلك من جهة أن الاثر هنا هو عدم الغرر فهو من لوازم احراز الصفات الواقعیة لا من أثارها الشرعیة و علیه فاستصحاب بقاء العین علی صفاتها السابقة لا یثبت عدم الغرر الاّ علی القول بالاصل المثبت ،وقد قلنا بعدم حجیته و علی هذا فلا یصحّ البیع مع الاکتفاء علی المشاهدة السابقة مع الشك فی تغیرها وعدم تغیرها هذه هی الجهة الاولی ٠

الجهة الثانیة : اذا قلنا بصحة المعاملة مع الاکتفاء بالرؤیة السابقة فاذا ظهر المبیع علی خلاف ما شوهد سابقا فهل یحکم بالصحة بدون الخیار أو بالصحة مع الخیار للبایع ،فی صورة الزیاد وللمشتری فی صورة النقیصة أو یحکم بالبطلان وجوه ،فذکر العلامة (ره) علی ما نسب الیه أن البیع یکون باطلا ٠

فان کان غرضه من ذلك أن البیع انما یقع علی الصفات و یبذل الثمن بازائها کما هو ظاهر الکلام المنسوب الیه من أن ماقصد لم یقع و ما وقع لم یقصد فیرد علیه أنه قلنا مرارا أن الثمن لا یبذل بازاء الصفات، حتی الصفات التی تعد فی نظر العرف من الصفات النوعیة کصفحة الرجولة و

الانوثية وان كانتا فى الواقع من الاعراض وانما الأوصاف دخيلة فى ازدياد الثمن و زيادة المالية فى الموصوف والذى يقع فى مقابل الثمن انما هو الموصوف فقط و عليه فلا وجه للحكم بأن ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد .

نعم ، لو كانت الاوصاف فى الصور النوعية ووقع البيع بانيا عليها فظهر الخلاف فيكون البيع باطلا لعدم المبيع ، فان ما وقع عليه العقد لم يبع و ما بيع لم يكن موجودا و هذا غير كون الثمن واقعا فى مقابل الاوصاف .

و ان كان غرضه أن العقد مشروط بالشرط و هو الوصف الذى وقع عليه العقد لأن تخلّف الوصف بمنزلة تخلّف الشرط و مرجع كل منهما الى الاخر ، فاذا انتفى الشرط انتفى المشروط .

و فيه أن فيه خلط واضح بين اطلاقى الشرط فانه تارة يطلق و يراد منه ما هو جزء العلة و من اجزائها الناقصة فهو صحيح ، فانّ العلة لا تؤثر فى المعلول الا بتمامية جميع اجزائها ولكنه غير مربوط بالمقام ، فان العقد غير معلق بذلك الوصف بحيث يكون الوصف المذكور من اجزاء علته ، و الاّ لبطل من غير ناحية انتفاء الشرط و هو قيام الاجماع على بطلان التعليق فى العقود كما هو واضح .

و تارة يطلق ويراد ما به المقصود فى باب المعاملات من اشتراط شىء فى العقد من غير توقف العقد عليه وجودا وعدما بل هو التزام آخر فى ضمن الالتزام العقدى فقد مر مرارا و سيأتى مفصّلا انشاء اللّه تعالى أن انتفاء الشروط لا يوجب البطلان و انما يوجب ثبوت الخيار للمشروط له و كيف كان لا وجه لما احتمله العلامة (ره) من بطلان العقد مع ظهور المبيع على خلاف المشاهدة السابقة ويبقى احتمال الصحة بدون الخيار ، و احتمالها مع الخيار وقد يقال بالصحة واللزوم بدون الخيار ، فان الوصف

الغير المذكور فى متن العقد لا أثر له و ان وقع العقد مبنيّاعليه كالشروط البنائية التى لا توجب تخلّفها شيئا أصلا ·

فأجاب عنه المصنف بأنه فرق بين الشروط التى تكون مأخوذ ةفى العقد بدون الذكر و بين الشروط الخارجية التى لا تؤخذ فى العقد الاّ بالذكر فالاوصاف التى المرئية الدخيلة فى صحة البيع من قبيل الاول فحكمها حكم الاشتراط فى العقد كما لا يخفى ·

و قد أوضحها شيخنا الاستاذ بأن الاوصاف و الشروط على أقسام أربعة :ـ

الاول : أن يكون الوصف أو الشرط مذكورا فى ضمن العقد و وهذا لا اشكال فى أن تخلفه يوجب الخيار ·

الثانى : أن يكون مأخوذا فى العقد بالارتكاز العقلائى و بالدلالة الالتزامية من غير أن يكون مذكورا فى العقد وهو ما يكون بناء العرف و العادة نوعا عليه كاشتراط كون النقد نقد البلد و تساوى المالين فى المالية و اشتراط عدم كونها معيبا و اشتراط التسليم و التسلم و اشتراط كون المعاملة نقدية و اشتراط كون التسليم و التسلم فى بلد العقد فبانتفاء شىء من تلك الشروط يثبت الخيار للمشروط له و تسمى تلك الشروط بالشروط الضمنية فلااشكال فى أن تخلفها يوجب الخيار سواء ذكرت فى ضمن العقد أم لا ،فلو قال البايع بعد بيع الحنطة أنا أسلّمها فى المزرعة الفلانية ،فان الحنطة فيها رخصة فلايسمع بل يثبت الخيار للمشترى لتخلف الشرط الضمنى·

الثالث : مايتوقف عليه صحة المعاملة كالوصف الذى لو لا وجوده لزم منه الغرر مثلا كموضوع البحث و هذا و ان لم يكن من الاوصاف النوعية الاّ أنه داخل فى كبرى الحكم فان بانتفائه ينتفى العقد لانه اذا فرض كونه معا

يتوقف عليه صحة المعاملة ومن الشروط الراجعة الى العوضين وفرضنا أن المتعاقدين اوقعا العقد مبنيّا عليه فلو لم يكن أولى من الالتزامات النوعية فلاأقل من كونه مساويا لها من حيث دخولها تحت الالتزامات، و بالجملة الشروط التى توقف عليها صحة العقد معتبرةفى العقد وبانتفائها يبطل العقد سواء ذكر فى العقد أم لا .

الرابع: الوصف الخارجى الشخصى الذى لا يعتبر فى العقد الاّ بالذكر فلا يكفى فيه مجرد البناء عليه من المتعاقدين حين البيع فلايوجب تخلفه الخيار بوجه .

فتحصل أن الاوصاف التى وقع العقد بانيا عليها ان كانت من الاوصاف النوعية أو الاوصاف الشخصية الدخيلة فىصحةالعقدعليها فتخرج عن الشروط البنائية فتدخل فى الالتزام العقدى فما نحن فيه من قبيل القسم الثالث الذى يتوقف عليه صحة العقد و ما لا يوجب تخلفهالخيار الاّ بالشرط فى العقد هو القسم الرابع أى الوصف الشخصى الخارجى الذى هو أجنبى عن العقد فلايدخل فيه بالبناء عليهفتحصل أن العقد يصح مع الخيار فاذا تخلفعما هو عليه ثبت له الخيار .

و الحاصل :أنه اذا وقع العقد على المشاهدة السابقةفظهرالخلاف فهل يحكم بالصحة أوبالبطلان و مع القول بالصحة هل يكون صحيحا بدون الخيار أو معه ،وجوه ،فأختار العلامة البطلان ،لان ما وقع لم يقصد وماقصد لم يقع،وقد اجبنا عنه بأن الواقع قد قصدفان العقد وقع على الموصوف و هو المقصود والالتزامات الشرطية غير الالتزامات العقدية ،بل هى داخلة فيها فلا يوجب التخلف الاّ بالخيار .

و أما القول بالصحة بدون الخيار فمن جهةأن الشروط الغيرالمذكورة

فى متن العقد غير واجبة الوفاء فلايوجب تخلفها الخيار .

وقد أجاب عنه الشيخ (ره) بأنه فرق بين الشروط التى يقع العقد بانيا عليها أى تسمى بشروط الصحة وبين الشروط الخارجية الشخصيةفانه على الاول يوجب التخلف الخيار دون الثانى .

و قد اوضحه شيخنا الاستاذ وحاصله أن مايكون دخيلافىصحةالعقد فوقع العقد بانيا عليه فيكون تخلفه موجبا للخيار نظير تخلف الشروط الخارجية المذكورة فى ضمن العقد ، بل الاول أولى بكونه مستلزما للخيار من الثانى .

و ماذكره الشيخ و المصنف لا يخلو عن مناقشة صغرى و كبرى . أما الصغرى فلانه يصح البيع مع الاكتفاء بالرؤية السابقة اذا حصل الاطمينان ببقاء العين على الاوصاف المرئية من غير أن يبنيان على بقائها على تلك الأوصاف و مع التخلّف يثبت لهما الخيار أما للبايع فى فرض الزيادة و أما للمشترى فى فرض النقيصة فلو كان البناء على الاوصاف السابقة مشروطافى صحة البيع وعدم البناء موجبا للبطلان ،فلازمه بطلان البيع هنا مع أنه صحيح فالصغرى ليس بتمام .

و كذلك يصحّ البيع فى هذه الصورة أى مع الاطمينان بالاوصاف السابقة مع التبرى من جميع ما يوجب الخيار مع أنه لو كان البناءعلىالاوصاف السابقة شرطا فى صحة البيع لم يصحّ ذلك .

و كذلك لو اخبر البايع بأوصاف المبيع و حصل الاطمينان للمشترىمن قولهفاشترى اطمينانا عليه فانه يصح البيع مع أنهما لم يبنيانعلىالاوصاف الدخيلة فى صحة البيع و مع التخلف يثبت الخيار كما تقدم .

و كذلك يصح البيع مع الاطمينان مع التبرى من العيوب فانهأيضا يصحّ

البيع مع أنه ليس هنا بناء على الاوصاف السابقة بل يصح البيع مع التبرى حتى لو ظهر الخلاف لم يكن لهما الخيار أصلا فان البايع اسقط الخيار رأسا بل جواز البيع مع التبرى من العيوب منصوص فانه مع الاطمينان يصحّ البيع مع التبرى منه كما سيأتى فى باب الخيارات.

نعم هنا قسم ثالث فصحة البيع فيه من جهة البناء على الاوصاف الدخيلة، وهو أن يخبر البايع بكون العين حاوية للاوصاف المذكورة و لكن لم يحصل الاطمينان من قوله على ذلك، فانه ح اذا اشترى المشترى تلك العين فلابد وأن يشتريها مع البناء على الاوصاف المذكورة والاّ بطل البيع للغرر وليس للبايع ح التبرى هنا واسقاط الخيار، فانه ح كما عرفت يكون البيع غرريا فماذكره المصنف و شيخنا الاستاذ صحيح فى هذه الصورة فقط و أما الصورتين الاولتين ليستا كك كما لا يخفى.

و أما من حيث الكبرى فلأنه لا نعقّل معنى الاشتراط شئ فى العقد الاّ كون العقد معلقا عليه أو مشروطا به أو كان الشرط ملحوظا بنفس، فانه لا معنى للتقييد بوجه فانه انما يتصور اذا كان المبيع أمرا كليا و قابلا للتضييق و التقييد كأن يبيع الحنطة الكلية تارة على نحو الاطلاق و أخر يبيعها على نحو التقييد كأن يكون من المزرعة الفلانيةوأما الامر الجزئى فلا يعقلا أن يكون مقيدا ومضيقا لان وجوده فى الخارج آخر مرتبة من التضيق وعليه فاما ان يقال ان معنى الاشتراط ليس الاّ لحاظ الشرط، بنفسه فهو بديهى البطلان أو كان الشرط ملحوظا بنفسه فانه أى معنى لقولك بعتك هذه الدار بشرط أن تلحظ هذا الشرط فانه لا معنى لاعتبار ذات الشرط فى العقد وكونه بذاته معتبرا فيه بان يلتزم بنفس الوصف لكونه أمرا غير اختيارى كوصف الكتابة والخياطة ونحوها فان البايع لا يبيع

الشرط ليعتبر ذاته فيه ولا أنه يقابل بالثمن كما هو واضح.

أو أكون العقد معلقا على الشرط بحيث يكون انشاء البيع على تقدير الشرط المعهود والا لم يبع اصلا فهو تعليق مجمع على بطلانه.

و أما الثاني: فهو المطلوب فيكون معنى الشرط في العقد هو كونه مشروطا بشرط ای کون الالتزام العقدی منوطا بالالتزام الشرطی لا أن يكون دائرا مداره وجودا وعدما ليكون تعليقا بل بمعنى أن استمراره و البقاء عليه و الوقوف عليه يكون متوقفا على الشرط و يعبّر عنه فى لغة الفارس (استادن) وهذا هو المعنى اللغوى للشرط كما ذكره فی القاموس و من هنا يقال للحبل الذی يشد به العدلين على الابل أو يمتد بين الجدارين أنه شريط.

و بالجملة معنى الشرط في العقود ربط الالتزام العقدی بالالتزام الشرطی من غير أن يتوقف اصل الالتزام العقدی بالالتزام الشرطی ويتوقف الوقوف الى الابد بالالتزام العقدی على وقوف المشروط عليه بالالتزام الشرطی.

و هذا المعنى من الشرط جار فی جميع الشروط فان غيرها غير معقول أو غير صحيح سواء كانت الشروط مما يتوقف عليه صحة العقد أو من الشروط الخارجية الشخصية و عليه فجميع الشروط من واد واحد فلاوجه لجعل البناء على بعض الاوصاف شرطا وان كان ذكر فی بعضها الاخر معتبر، بل ان كان البناء شرطا فهو شرط فی جميع الشروط و ان كان الذكر معتبرا ولازما و شرطا فهو كك فی جميعها فلامعنى للفرق بينهما بوجه أصلا فضلا عن كون البناء شرطا فی بعضها أولى من ذكر بعضها الاخر فی العقد فالكبرى الذی ذكره المصنف و اوضحه شيخنا الاستاد ليس بتمام.

و بالجملة فماذكره المصنف من كون البناء على الاوصاف الدخيلة في صحة البيع شرطا في صحة البيع فان البيع لا يصحّ الا مبنيا عليها و الاّ فيكون باطلا دون الاوصاف الخارجية فلا وجه له كماعرفت.

و الذي ينبغي أن يقال أنه لم يرد نص على اعتبار البناء على الاوصاف المذكورة شرطا في صحة العقد بل ان كان هنا ارتكاز عقلائي و التزام عرفي على اعتبار بعض الاوصاف في المبيع بحيث يدل عليها العقد بالدلالة الالتزامية وكونها معتبرة فيه فلا شبهة في اعتبارها فيه وكون تخلفها موجبا للخيار ككون المالين متساويين في المالية وكون التسليم و التسلم في بلد العقد وكون النقد نقد البلد وهكذا فان بناء العقلاء وارتكازاتهم في أمثالها على كون العقد مشروطا بتلك الامور و أمثالها سواء ذكرت في العقد أم لا و سواء بنى المتعاملان عليها أم لا ، بل هي معتبرة في العقد حتى مع الغفلة عنها حين البيع فان الارتكاز قرينة قطعية على ذلك وقائمة مقام الذكر و هكذا في كل مورد قامت القرينة على ذلك و ان كانت غير الارتكاز العقلائي و الدلالات الالتزامية فيكون تخلفها موجبا للخيار.

و أما في غير تلك الموارد فان اشترط في متن العقد فمع التخلف يثبت الخيار و ان لم يذكر في العقد فالعقد لازم و غير مشروط بشيء سواء بناء المتعاملان عليها أم لا ، اذ لم تقم قرينة على الاعتبار مع عدم الذكر كما لا يخفى.

لو اختلفا البايع والمشترى فى تغير اوصاف المبيع

قوله(ره) :فرعان :الاول : لو اختلفا فى التغير فادعاه المشترى.

أقول : لو وقع البيع على المشاهدة السابقة فوقع الخلاف بين البايع و المشترى حين القبض و الاقباض فقال البايع قد عاملنا عليها على هذه الصفة و كنت انت عالما بها وادعى المشترى أنها تغيّرت و لم أكن عالما بها مثلا اذا كان المبيع حيوانا فيقول المشترى أنه كان سمينا فيقول البايع أنه كان هزولا و وقع البيع عليه كك مع علم منك عليه.

فهل يقدم قول البايع أو قول المشترى فقد وقع الخلاف فى تقريب أن الاصل مع البايع ليكون منكرا و يكون المشترى مدعيّا أو الأصل مع المشترى ليكون منكرا و البايع مدعيا و قد استدل على تقديم قول المشترى، و دعوى كون الأصل معه بوجوه كلها مخدوشة كما ذكره المصنف.

الاول :ماذكره ابن ادريس فى السرائر من أن المشترى هوالذى ينتزع منه الثمن و لا ينتزل منه الاّ باقراره أو ببيّنة تقوم عليه، انتهى وتبعه العلامة فى أيضا فى صورة الاختلاف فى أوصاف المبيع اذا لم يسبقه برؤية ، حيث تمسك باصالة براءة المشترى من الثمن فلايلزمه ما يتقربه أو يثبت بالبينة.

وأجاب عنه المصنف بأن يد المشترى على الثمن بعد اعترافه بتحقق الناقل الصحيح يد أمانة غاية الامر أنه يدعى سلطنته على الفسخ فلا ينفع تشبثه باليد، و يؤيد ماذكره أنه لو اسقط خياره بالفعل الذى يدعيه كان البيع لازما.

ثم قال الا أن يقال أن وجود الناقل لا يكفى فى سلطنة البايع على

الثمن بناء على ماذكره العلامة فى احكام الخيار من التذكرة و لم ينسب خلافه الاّ الى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن و المثمن فى مدة الخيار وان تسلم الاخر وح فالشك فى ثبوت الخيار يوجب الشك فى سلطنة البايع على أخذ الثمن فلا مدفع لهذا الوجه الا أصالة عدم سبب الخيار لو تم كما سيجىء ۰

و قد فرق الاستاذ بين الخيارات الزمانى المجعول لذى الخيار ارفاقا و بين غيرها فحكم بتمامية القول بتقديم قول المشترى فى مقام الاختلاف فى الاول دون الثانى وحمل كلام العلامة على الاول ،وذكر أن المصنف و ان أورد عليه بقوله انى لا أجد لهذا الحكم وجها معتمدا ولم أجد من عنونة و تعرض لوجهه الاّ أنه يظهر منه فى خيار المجلس الحكم مفروغا عنه فقال ماحاصله أنه لو قلنا بوجوب التقابض فى عقد الصرف و السلم فثمرة الخيار واضح ،وهى عدم وجوب التقابض حيث استظهر من كلامه عدم وجوب التقابض و التسليم و التسلم فى موارد خيار المجلس فكأنه مسلم فى كل مورد لم يجب التقابض و انما انكر شيخنا الاستاذ عدم تمامية المطلب فى المقام لعدم كونه من الخيارات الزمانية ولذا حمل كلام العلامة على غير المقام من خيار المجلس ، و مايكون الخيار بالشرط فى زمان ۰

والحاصل أن شيخنا الاستاد تسلم عدم وجوب التسليم و التسلم فى زمن الخيار لكن لا فيما نحن فيه ،بل فى الخيارات زمانة ،و أما فى مثل المقام فحكم بعدم جواز المنع عنهما ۰

أقول : لو سلّمنا ثبوت الخيار فى معاملة فلا يدّل ذلك على جواز منع ذى الخيار عن تسليم الثمن أو المثمن بل له اعمال الخيار فقط فى فسخ العقد وبعد ما فسخ العقد له المنع عن تسليم العوض و أما قبل اعمال

الخيار فلايجوز له المنع عن التسليم ،فانه تصرّف فی مال الغير بدا ون اذ نه فهو حرام ،فما ذكره العلامة (ره) من عدم نسبة الخلاف الاّ الى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن و المثمن فی مدة الخيار لا يمكن تصديقه ·

و كذلك لا وجه لما ادّعاه الاستاذ من التفصيل فانه مجرّد الدعوى و دعوى التسالم عليه محالة مضافا الى عدم حجيته و كونه مخالفا للقواعد من حرمة التصرف فی مال الغير الاّ باذ نه ·

و العجب منه(ره) حيث استظهر من كلام المصنف اختياره ذلك من التعبير بلو بمعنى أنه مع القول بوجوب التقابض فی عقد الصرف و السلم فاثر الخيار واضح أى لكل ذى خيار أن لا يسلم الثمن أو المثمن فيعلم من هذه العبارة أن فی موارد الخيار الزمانی لا يجب التسليم و التسلم و لذا ذكر المصنف أنه لو قيل بوجوب التقابض فأثر الخيار ظاهر فانه يهدم الوجوب و يرفعه ·

و وجه العجب أن مورد كلام المصنف اجنبی عن المقام فانه محل للتعبير بلو فانه لا تحصل الملكية قبل التقابض أصلا و لذا حكم المصنف بعدم وجوب التقابض مع الخيار لعدم حصول الملكية قبل التقابض فأن التقابض مقدّم للملكية فكيف تحصل الملكية بدونه و هذا بخلاف المقام فان الملكية قد حصلت غايته فلذى الخيار فسخها ،وأما الممانعة عن التسليم فلا ،لما عرفت من كونه تصرفا فی مال الغير فهو حرام على أن دليل أخص من المدعى فانه انما يتم فيما اذا كان الثمن فی يد المشتری وأما اذا كان دينا فی ذمة البايع فسقط بالمعاملة أو عينا مستأجرة أو عارية فی يده أو مغصوبة ،فانه فی هذه الصور ليس للمشتری يد على الثمن حتى يقال أنه لا ينتزع منه الا بالبينة

أو بالاقرار و قد تقدم أيضا عدم بطلان العقد بتخلف الوصف سواء كان العقد مشروطا به أو المبيع مقيدا به ،بل غاية الأمر يثبت الخيار للمشروط له فلا وجه على كل حال لبطلان العقد ٠

الوجه الثانی : أن البايع يدعی علمه بالمبيع على هذه الوصف الموجود و الرضا به و الأصل عدمه و قد استدل بهذا العلامة فی التذكرة و أشكل عليه المصنف أولا بامكان قلب الدعوى بأن يجعل المشتری مدعيّا و البايع منكرا بدعوی أن الاصل عدم علم المشتری بالوصف الآخر كما اذا فرضنا أن البايع يقول بعتك هذا الحيوان بهذا الوصف الهزال مع علمك به والمشتری يقول اشتريت منك هذا مع وصف السمن فحيث انه يدعی وصف السمن فيكون مدعيّا و الاخر يكون منكرا أی البايع٠

و ثانيا :أن علم المشتری بوصف الهزال أو وصف السمن مسبب عن وجود هذا الوصف فيه ،و عدمه فيه سابقا ،فاذا نفينا وجود الوصف بالاصل فلا تصل النوبة الی اصالة عدم علم المشتری أو البايع بشیء من تلك الاوصاف و قد ناقش شيخنا الاستاذ فی الجواب الثانی ،ولكن تسلم الجواب الاول ٠

و الظاهر أن كل ذلك خارج عن المقام فان ما هو المقصود فی المقام هو اشتراط العقد بشیء وعدم اشتراطه به ،و كك تقيد المبيع و عدم تقيده فاجراء أصالة عدم علم كل من المشتری أو البايع بوصف الهزال أو السمن خارج عن حدود المقام فلا يقيدنا بوجه الاّ على القول بالاصل المثبت فان لازم عدم علم المشتری بوصف الهزال هو كون العقد مقيدا بوصف السمن مثلا و كذلك لازم عدم علم البايع بوصف السمن كون وصف الهزال قيدا للمبيع و شرطا للعقد و الحاصل أن العلم بالوصف وعدمه اياه خارج عن المقام أصلا ٠

وأما دعوى السببية و المسببية فهو أعجب من ذلك فانه لا يفيد تامجرّد السببية و المسببية فی جريان أصليهما ولا يمكن رفع موضوع الاصل المسببی بالاصل السببی بمجرد صدق الاسم، بل لا بدّ من كون الاثر شرعيا، أی ارتفاع المسببی اثرا شرعيا للاصل السببی ففی المقام أن عدم العلم بالوصف ليس من آثار عدم وجود الوصف شرطا الاّ باللوازم العقلية كما هو واضح فلا مرتفع لمنع الأصل المسببی بالسببی، نعم اذا كان الاثر مترتبا على العلم فيصح ذلك كما هو كذلك فی مورد خيار العيب حيث ان الخيار انما يثبت مع العلم بالعيب فمع نفی العلم بالعيب يرتفع الخيار و أما فی المقام فالاثر مترتب على اشتراط العقد و تقييده فاصالة عدم علم أحدهما بالوصف لا يترتب عليه أثر الا على القول بالاصل المثبت.

و بالجملة أن ما افاده من الاول الى الاخر لا يمكن المساعدة عليه.

الوجه الثالث: أن الاصل عدم وصول حق المشتری اليه كما استدل به المحقق الثانی.

و قد اجاب عنه المصنف بان حق المشتری من نفس العين قد وصل اليه قطعا ولذا يجوز له امضاء العقد و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت فعليه الاثبات و المرجع اصالة لزوم العقد، ثم قال ولاجل ما ذكرنا قوی بعض تقديم قول البايع.

و قد أجاب المصنف عن أصل مسألة الاختلاف بما حاصله أن بناء المتعاقدين حين العقد على الاوصاف الملحوظة حين المشاهدة هل هو (أی البناء) كاشتراط تلك الاوصاف فی العقد بحيث تكون كالشروط المضمرة فی نفس المتعاقدين أو أن تلك الاوصاف مأخوذة فی نفس المعقود عليه بأن يكون المبيع مقيدا ولذا لا يجوز الغائها فی المعقود عليه كما يجوز الغاء غيرها من الشروط فی العقد.

فعلى الاول : يرجع النزاع فى تقيد المبيع بالوصف وعدم تقيده بمالى النزاع فى اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود حين التسليم والمرافعة على البايع وعدم اشتراطه عليه واذن فالاصل مع البايع لأصالة عدم الاشتراط .

وعلى الثانى : فيرجع النزاع الى وقوع العقد على ما ينطبق على الشيء الموجود حتى يلزم الوفاء وعدمه والأصل عدمه ، ولكن الظاهر هو الثانى فان المراد من لحاظ الوصف فى المبيع هو ايقاع العقد على العين الملحوظ كونه متصفا بهذا الوصف وليس هنا عقد على العين والتزام بكونه متصفا بذلك الوصف بحيث يكون هنا التزام آخر غير الالتزام العقدى ، بل هو قيد ملحوظ فى المعقود عليه نظير الاجزاء المأخوذة فى المبيع ، واذن فالاصل مع البايع كما ذكرناه .

ثم أورد على نفسه بان أصالة عدم وقوع العقد على ما يدعيه المشترى معارضة بأصالة عدم وقوع العقد على الشيء الموصوف بالصفة المفقودة فلا يكون أثر للأصل فى طرف البايع .

وأجاب عنه بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذاك تعلقه بهذا وقد تقرر فى الأصول أن اثبات أحد الضدين بنفى الضد الاخر من الاصول المثبتة .

وبالجملة أن مرجع النزاع الى رجوع الوصف الى الاشتراط ليكون النزاع فى مفاد ليس أو كان الناقصين أو الى التقييد ليكون النزاع فى مفاد لبس أو كان التأمين .

وتحقيق الكلام يقع فى جهتين الاولى : من حيث الكبرى من انه يقدم قول البايع فى صورة الاختلاف فيما وقع عليه العقد أو يقدم قول المشترى ، الثانية :من حيث الصغرى وهو أن المقام من قبيل التقييد أو الاشتراط .

أما الجهة الاولى : فلاشبهة أن كل من يدعى الاشتراط فباصالة عدم

فباصالة عدم الا شتراط ننفيه فيكون الاصل مع الاخر لا ن الاصل عدم تقيّد العقد بشرط و على هذا فلو ادعى كل منهما الا شتراط فيجرى الاصل فى كلا الطرفين ، فيكون المورد من قبيل التداعى ولا يفرق فى ذلك بين أن يدعى كل منهما الا شتراط مع الاعتراف بجامع واحد أم لا ، مثلا اذا باع أحد حيوانا من شخص ثم اختلفا ، فقال البايع انه كان مهزولا و قال المشترى أنه كان سمينا فان الاصل يجرى فى كل منهما فيكون المورد من قبيل التداعى .

و كذلك اذا ادعى البايع المبيع ثوب و ادعى المشترى أنه حيوان ، أو ادعى البايع أن المبيع عبد و ادعى المشترى أنه جارية فان الاصل فى ذلك كله عدم وقوع البيع بكل منهما فيكون من قبيل التداعى هذا كله اذا كان يدعى كل منهما الا شتراط .

و بالجملة ان كل من يدعى شرطا على الا خر من المتبايعين ، فالاصل عدمه كما ذكره المصنف . فان كان المدعى أحدهما فقط فيكون الاصل مع الاخر و ان كان كليهما مدعيّا اما مع الاتفاق على المبيع أو مع الاختلاف فيه ، فالمورد هو مورد التداعى كما لا يخفى .

و أما اذا كان أحدهما يدعى الا طلاق والاخر يدعى التقييد بان يدعى البايع كون المبيع حنطة كلية و يدعى المشترى كونه من حنطة المزرعة الفلانية فالظاهر هنا أيضا هو تعارض الاصول حتى بناء على جريان العدم الازلى فى ناحية المقيد و تحقيق ذلك أنك قد عرفت فى علم الاصول فى مبحث التعبدى و التوصلى و غيره أن الا همال فى الواقع مستحيل فلابدّ و ان يكون الملحوظ اما مطلقا أو مقيدا ، و على كل تقدير فكل منهما أمر وجودى فى مقام الثبوت و محتاج الى اللحاظ و ان الا طلاق فى مقام الاثبات أمرا عدميّا و هو عدم التقييد و على هذا فيكون الاصل فى كل من الا طلاق و

التقييد جاريا ونافيا له فيقال انّ العقد حين ما وجد فالاصل عدم وجوده مطلقا وكذا أن الأصل عدم وجوده مقيّدا فيكون المورد أيضا من قبيل التداعى اما الاتسصحاب العدم المحمولى فواضح ، فيقال الأصل عدم اتصاف العقد بالاطلاق ، وكذلك فى الاخر أن الأصل عدم اتصافه بالتقييد فيتعارضان ، وأما استصحاب العدم الأزلى النعتى فكذلك فانه يقال الأصل عدم الوجود العقد حينما وجد مطلقا وكذلك فى طرف التقييد أن الاصل عدم الوجود العقد حينما وجد مقيدا فيقع التعارض بينهما كما هو واضح . واذا فيحكم بالانفساخ .

و أما الكلام من حيث الصغرى فنقول قد تقدم الكلام فى ذلك أن القيود انما تجرى فى مورد يكون المقيد قابلا للتقيد و التضييق و عليه فمحط القيود باجمعها هو الامور الكلية القابلة للتضييق بحيث كلما قيدّت زادت تضييقا و كلما برئت من القيود زادت توسعة و أما الامور الجزئية فليست قابلة للتضييق أصلا ، الاّ باعتبار الحالات كأن يقول ان كان هذا زيدا فأكرمه فان التشخص الخارجى والوجود فيه آخر مرتبة من التضييق و التقيد فلا مرتبة له فوقه وعليه فكلما ذكر من القيود للمبيع الشخصى فلابدّ من ارجاعها الى الشروط و قد تقدم قبيل هذا أن لحاظ الأوصاف و الشروط بذاتها مع قطع النظر عن أن تكون ربطا بين الشرط و المشروط لا معنى له ، فلا معنى لكون الشرط هو لحاظ القيد فقط و ارجاعها الى المبيع لا معنى له لما عرفت من عدم قابلية الامور الجزئية للتقييد وارجاعه الى نفس البيع بحيث يبيع على تقدير كونه من حنطة المزرعة الفلانية والاّ فلا يبيع فهو باطل اجماعا لقيامه على بطلان التعليق فى العقود .

فلم يبق الاّ الاشتراط أى كون الالتزام العقدى مشروطا بالتزام آخر و

مربوطا به كما هو معنى الشرط فتحصّل أن مقتضى القاعدة هو الاشتراط ، دون التقييد ٠

و بالجملة أن فائدة التقييد فى الامور الكلية ظاهرة وهى تضييق دائرة الكلى و اسقاطه عن التوسعة وأما فى الامور الجزئية فلا معنى للتقييد بوجه و اذن فاما يرجع القيد الى الصور النوعية فهو تعليق البيع على وجود المبيع فلا اشكال فيه لما عرفت أن التعليق بأصل وجود المبيع لا محذور فيه ٠

و أما أن يرجع الى المبيع على نحو التضييق الدائرة فقدعرفت أنه لا معنى له ٠

و أما أن يرجع الى البيع و تعليقه على الشرط و هو تعليق باطل واما أن يكون بنفسه ملحوظ فلا معنى لما عرفت أنه لا معنى لكون الاشتراط بمعنى لحاظ الشرط فلا مناص من ارجاعه الى الاشتراط خلافا لجميع الاعلام حيث أرجعوا الوصف الى التقييد دون الاشتراط٠

و كان الكلام فى العين الشخصى اذا وقعت المعاملة عليها ثم اختلف البايع و المشترى فى تغيرها وعدم تغيرها و قلنا أنه لا معنى لكون اعتبار الوصف فى المبيع بمعنى الالتزام بذات الوصف فانه أمر غير اختيارى للبايع بأن يبيع العبد ملتزما بكونه كاتبا و خياطا و نجارا أو باع الحنطة و التزم بانه من المزرعة الفلانية و هكذا وعلى هذا فيدور الامر فى اعتبار الوصف فى المبيع بين تعليق البيع به او تعليق الخيار به و اما تعليق البيع به فتارة يكون راجعا الى التعليق بالصور النوعية فهذا لا محذور فيه فان مرجعه الى التعليق بأصل وجود المبيع فهو خارج عن معقد الاجماع القائم على بطلان التعليق فى العقود و أخرى يكون من قبيل التعليق

بالاوصاف الخارجية كأن باع اذا كان المبيع متصفا بوصف كذا بان يكون كاتبا أو كانت الحنطة من المزرعة الفلانية ونحو ذلك فهذا لا اشكال فى بطلانه لكونه من التعليق الذى كان باطلا بالاجماع.

فلم يبق فى البين الاّ تعليق الخيار على الوصف الذى اعتبر فى المبيع بان باع العين و التزم بالالتزام العقدى مشروطا بكون الثمن كذا أو اشترى المشترى العبد و التزم بالالتزام العقدى مشروطا بكونه كاتبا أو من الارز الفلانى أو بكون الحنطة المزرعة الفلانية و نحو ذلك.

فاتضح من ذلك أن مرجع اعتبار الوصف فى المبيع الى الاشتراط وعليه فاذا شك فى اشتراط وصف أو شرط فى العقد فمرجع النزاع الى اشتراط الخيار فيه ، فالأصل عدمه وعلى هذا فلو ادعى المشترى كون العين المبيعة متغيرة وغير باقية على ما شوهد عليه و انكره البايع فمرجعه الى أنه هل جعل للمشترى خيار فى هذا العقد أم لا ، فالاصل عدمه و اذن فالاصل مع البايع ومن هنا ظهر أنه لا اشكال للتمسك بأصالة اللزوم اى استصحاب بقاء كل من الثمن و المثمن على ملك صاحبه وعدم كون العقد خياريا لا أصالة اللزوم المستفاد من العمومات فانه من التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية لانا نشك فى دخول المورد الذى نشك فى كونه خياريا أم لا ، داخلا تحت العمومات الدالة على اللزوم أو أدلة خيار الشرط ، فاثبات اللزوم بالعمومات تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية.

فلا مجال بعد ما نقحناه لما أفاده المصنف (ره) من حكومة أصالة عدم وصول حق المشترى عليه على أصالة اللزوم و تطويل الكلام فى ذلك و فى عدم صحة التمسك بأصالة اللزوم نقضا.

قوله : و لو ادعى البايع الزيادة الموجبة لخيار البايع.

فمقتضی ماذکرنا فی طرف المشتری تقدیم قول البایع لان الاصل عدم وقوع العقد علی هذا الموجود حتی یجب علیه الوفاء به ·

أقول: هذا هو عکس ما تقدم الکلام فیه و توضیح ذلك أنه لو ادعی البایع أن العین صارت بعد المشاهدة سمینة و انکره المشتری وقال انها کانت سمینة من الاول فقد ظهر من جمیع ما تلوناه علیك أن القول قول البایع فان مرجع دعوی کون العین متغیرة من حالة الهزالة بعد المشاهدة و صیرورتها سمینة الی دعوی ثبوت الخیار للبایع، فالاصل عدمه و أن العقد غیر خیاری أو أن الاصل بقاء العین علی الوصف السابق فلا یفرق فی ترتب ما نریده من الأثر بین استصحاب بقاء العین علی الوصف الذی شوهد و بین الاستصحاب عدم السمن کما تقدم فی عکسه ، وعلیه فالمرجع الی أصالة اللزوم أی قاعدة اللزوم المتقدمة لا الرجوع الی العمومات الدالة علی اللزوم فانه من التمسك بالعام فی الشبهات المصداقیة ·

و من هنا ظهر أن ماذکره المصنف هنا أیضا لا یتم ·

قوله (ره) : الثانی لو اتفقا علی التغیر بعد المشاهدة و وقوع العقد علی الوصف المشاهد و اختلفا فی تقدم التغیر علی المبیع لیثبت الخیار و تأخره عنه علی وجه لا یوجب الخیار تعارض کلّ من اصالة عدم تقدم البیع و التغیر ·

أقول: کان الکلام فی المسألة السابقة فی اختلاف البایع والمشتری فی أصل التغیر وفی هذه المسألة کلامنا فی اختلافهما فی کونه بعد البیع أو تسالمهما علی أصل التّغیر ·

فنقول اذا اختلفا البایع و المشتری فی ذلك فقال المشتری أن العین صارت مهزولة بعد المشاهدة و قبل البیع فلی الخیار فی فسخ العقد لتخلف

الوصف لحصول التغير فى ملك البايع و قال البايع أنّ الفرس الذى هومبيع و ان صار مهزولا الاّ أن الهزال قد حصل بعد البيع فليس لك للمشترى الخيار، سيأتى الكلام فى باب الخيارات انشاءاللّه‌تعالى أن تخلف الاوصاف و تغيرها قبل القبض هل تحسب على البايع لعموم قاعدة التلف قبل القبض من مال البايع بحيث يقال ان الاوصاف أيضا ملك للبايع بتبع العين فاذا تلف كان على البايع أو أن تلف الاوصاف تابع للملك و من الواضح أن العين ملك للمشترى فتلف الاوصاف يحسب عليه غاية الامر أن تلف العين يحسب على البايع قبل القبض لورود النص عليه.

و بعبارة أخرى ان كان التلف قبل القبض من مال البايع حكما ثابتا على خلاف القاعدة بالنص فلابد من الاقتصار على مورده فلا يتعدى الى تلف الاوصاف، و ان كان على طبق القاعدة فيكون تلف الأوصاف أيضا على البايع فكيف كان فسيأتى تفصيل ذلك فى باب الخيارات.

فعلى القول بتسرية القاعدة الى تلف الاوصاف فلا ثمرة للنزاع فى أن التغيّر حصل قبل القبض أو بعده و على القول بعدم التسرية كما هوالحق لعدم المقتضى للتسرية فلابد من النزاع فى ان التغير حصل قبل العقد أو بعده و كيف كان فذكر المصنف (ره) أن هنا أصلان حادثان أحدهما وقوع البيع و الثانى حصول الهزال، ولكن لا يعلم السابق منهما و لم يعلم تاريخ الحادثان أن ايّا منهما مقدم و أن ايّا منهما متأخر ، فحيث أن مرجع الاصلين الى أصالة عدم وقوع البيع حال السمن مثلا و أصالة بقاء السمن وعدم وجود الهزال حال البيع، و الظاهر أنه لا يترتب على شىء منهما الحكم بالجواز و اللزوم لأن اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه وانتقاله الى المشترى و أصالة بقاء السمن لا يثبت وصول السمين كما أن أصالة عدم

وقوع البيع حال السمن لا ينفيه فالمرجع الى أصالة عدم وصول حق المشترى اليه كما فى المسألة السابقة فلا فرق بين المسألتين من حيث النتيجة ٠

نعم الفرق بينهما هو أن الشك فى وصول الحق هناك ناش عن الشك فى نفس الحق و هنا ناش عن الشك فى وصول الحق المعلوم ٠

و بعبارة أخرى الشك هناك فى حقه الواصل و هنا فى وصول حقه ، فمقتضى الاصل فى المقامين عدم اللزوم و عدم وصول حق المشترى اليه ومن هنا ظهر الحال لو كان مدعى الخيار هو البايع ٠

أقول : لا حق للمشترى غير ذات المبيع الذى وصل اليه حتى نشك فى وصوله اليه فتمسك باصالة عدم وصوله اليه فيكون حاكما على أصالة اللزوم ، و عليه فدعوى المشترى كون العين مهزولة بعد المشاهدة وقبل البيع أوقبل القبض يرجع الى دعوى الخيار لنفسه فى العقد لكون العين مهزولة فالاصل عدمه و أن العقد ليس بمشروط بشيء و اذن فاصالة اللزوم محكمة أى بمعنى استصحاب بقاء الثمن فى ملك البايع و بقاء المثمن فى ملك المشترى و كون لازما و عدم ثبوت الخيار فيه المسمى بقاعدة اللزوم لا أن المراد منها هو التمسك بالعمومات الدالة على اللزوم لكون الشبهة مصداقية ٠

و من هنا ظهر حكم ما لو انعكس الأمر بأن ادعى البايع الخيار على نفسه بأن ادعى كون العين مهزولة حين المشاهدة و سمينة بعدها و قبل البيع فله الخيار و من هنا ظهر ايضا أن الاصل عدم الخيار للبايع وعدم كون العقد مشروطا بشرط فتكون أصالة اللزوم محكمة كما لا يخفى ٠

قوله : و لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى فى قبضه التخلية ٠

أقول : اذا اختلف البايع و المشترى فى العين المشاهدة بعد التلف فقال البايع أنها تلفت بعد القبض و قال المشترى أنها تلفت قبل القبض

فالتلف عليك لان التلف قبل القبض من مال البايع فحكم المصنف بأن الأصل بقاء ملك المشترى على الثمن لاصالة عدم تأثير البيع.

أقول : و لم يتعرض المصنف بالاستصحابات الموضوعية أنها تجرى أو لا تجرى و مع الجريان أنها معارضة أم ليست بمعارضة، بل اقتصر على الاستصحاب الحكمى.

و لكن شيخنا الاستاذ حكم بأن الاصول الموضوعية الجارية لكل واحد من المتبايعين مع كونها مثبتة معارضة بالمثل فى مجهولى التاريخ والجارى لاحدهما فيما اذا كان أحد الحالتين بالخصوص مجهولة مثبت فيشك فى تأثير البيع فتصل النوبة الى الأصل الحكمى و هو بقاء الثمن فى ملك المشترى

أقول : تحقيق الكلام فى موردين :ـ

الاول : فيما تحقق القبض فى الخارج أو ما فى حكم قبضه كقبض الوكيل قبل البيع كأن يعير البايع ثوبا من المشترى و جعله أمانة عنده أو كان ثوب مستأجرا له ثم باعه منه ووجداه تالفا فاختلفا فى تقدم التلف على البيع و كون البيع باطلا لانه وقع على الشىء المعدوم و قال البايع أن التلف بعد البيع فى غير زمن الخيار فوقع البيع حين وجوده على الشىء الموجود.

الثانى : ما لم يتحقق قبض فى الخارج أو فى حكم قبض المشترى كقبض وكيله و لكن تحقق التخلية بين البايع و بين العين فيما يكفى فى قبضه التخلية كتسليم مفتاح الدار و القاء عنان الفرس الى المشترى بحيث لم يكن مانع من أخذ المشترى و تسلطه على المبيع ثم اختلف البايع والمشترى فقال البايع انها تلفت بعد البيع، وقال المشترى انها تلفت قبل البيع.

أما الكلام فى المقام الاول : فالحق فيه ماذكره المصنف (ره) من التمسك بالاستصحاب الحكمى و بيان ذلك أنه لا مانع من جريان استصحاب بقاء

المبیع الی زمان البیع فالحکم بوقوعه علی المبیع الموجود و الحکم بصحة البیع لأنه کسائر الموضوعات المرکبة التی ثبت أحد جزئیها بالاصل ، و الاخر بالوجدان ، فان البیع هنا فی زمان الوجدان کما هو المفروض لاتفاقهما علیه و الجزء الاخر اعنی وقوع البیع علی الشیء الموجود محرز بالاصل فیحکم بصحة البیع و یلزم المشتری باعطاء الثمن و نظیر ذلك ما اذا شك فی بقاء العبد وموته فانه لو عتقه یصح عتقه و یکفی عن الکفارات فان بقائه الی زمان العتق محرز بالأصل و العتق محرز بالوجدان و هکذا وهکذا ولکنه معارض بأصل آخر و هو أصالة عدم وقوع البیع علی المبیع الموجود الی زمان التلف فهذا الاصل وان لم یثبت وقوع البیع علی المبیع المعدوم الاّ علی القول بالاصل المثبت و لکن هذا المقدار یکفی فی ترتب الاثر و هو عدم تحقق البیع علی الموجود .

و اذن تصل النوبة الی الاصل الحکمی و هو استصحاب بقاء الثمن فی ملك المشتری و عدم تحقق ما یخرجه عن ملکه کما هو واضح .

ثم ان تصل النوبة الی الاستصحاب الحکمی اذا قلنا بعدم جریانه فی مجهولی التاریخ علی الخلاف بیننا و بین صاحب الکفایة و کذلك اذا قلنا بجریانه فیهما معا فیما اذا کان التاریخ أحدهما معلوما و الاخر مجهولا و لکن یسقطان بالمعارضة کما اخترناه فی علم الاصول و قلنا ان الاستصحاب یجری فی کل من معلومی التاریخ و مجهوله معا ولکن یسقطان بالمعارضة .

وأما علی مسلك الشیخ و الاستاذ من التفصیل بین معلومی التاریخ و اختصاص جریانه بالمجهول فقط دون المعلوم فلایقع التعارض ولا یسقطان بالمعارضة لانه فرع جریانهما معا وعلی الاجمال فلابدّ لهما من التفصیل فی المقام کما هو مبناهما فی الأصول .

و أما المقام الثانى فهو ما تحققت التخلية فى الخارج فيما يكفى فى قبضه التخلية كتسلم مفتاح الدار أو البستان والقاء عنان الفرس أو الثوب الى المشترى و تلفت العين ثم اختلفا فى كون التلف قبل البيع أو بعده ففى المقام على جميع التقادير من جريان الاستصحاب فى مجهولى التاريخ و عدم جريانه كما هو محل الخلاف بيننا و بين صاحب الكفلية و من جريانه فى ما اذا كان أحدهما معلوما و الاخر مجهولا وسقوط الاصلين بالمعارضة كما عليه المبنى أو قلنا بعدم جريانه فى معلوم التاريخ و جريانه فى مجهول التاريخ كما هو مذهب المصنف و شيخنا الاستاذ فى مبحث الاصول فلا يترتب على شئ منها أثر بحيث يحكم بصحة البيع على المشترى ويلزم المشترى على اعطاء الثمن .

و الوجه فى ذلك كله أن غاية ما يترتب على جريان الاصل هو صحة العقد والبيع و هو لا يفيد الاّ مع تحقق القبض فالاصل عدمه .

و بعبارة أخرى ففى هنا أمور ثلاثة التلف و البيع و القبض واذا اثبتنا وقوع البيع على المبيع قبل التلف على التريب المتقدم من اثبات عدم التلف الى زمان البيع بالأصل و وقوع البيع عليه بالوجدان و لكن لا يكفى ذلك بدون تحقق القبض فان اصالة عدم تحققه محكمة كما هو واضح .

و حاصل الكلام أنك عرفت ان الكلام يقع فى مقامين : الاول : مع تحقق التخلية من البايع فيما يكفى قبضه التخلية ،وقلنا ان المرجع فيه اصالة عدم تحقق القبض و بقاء مال المشترى فى ملكه فلا يترتب أثر على استصحاب بقاء المبيع الى زمان البيع و اثباته فى الخارج بالاصل و الوجدان ، فان تحقق البيع لا يثبت تحقق القبض الا على القول بالاصول المثبتة على ان تحقق البيع أيضا مشكوك فان المتحقق بالوجدان هو تحقق الانشاء كما سيأتى .

و أما الجهة الثانية : فقلنا ان الاصول بناء على جريانه فى مجهولى التاريخ و فيما اذا كان تاريخ أحدهما معلوما و تاريخ الاخر مجهولا ، معارضة فتصل النوبة الى أصالة بقاء مال المشترى فى ملكه كماذكرهالمصنف (ره) و ذكرنا ايضا ان جريان الاصل فى كل من معلوم التاريخ و مجهوله موقوف على النزاع فى الاصل يجرى فيهما معا كما اخترناه فى محله أو فى مجهول التاريخ فقط كما اختاره شيخنا الانصارى فعلى ما اخترناه تصل النوبة الى الاصل الحكمى من اصالة بقاء الثمن فى ملك المشترى و على مسلك المصنف فلابد من التفصيل فان كان البيع معلوم التاريخ و التلف مجهول التاريخ ، فنستصحب عدم التلف الى زمان البيع فنحكم بالصحة كما تقدم و على تقدير كون التلف معلوم التاريخ فالبيع مجهول التاريخ فنحكم بجريان الاستصحاب فى البيع فنقول الاصل عدم وقوع البيع الى زمان التلف فينتج البطلان ، فلا يمكن الحكم بكون الاصل بقاء مال المشترى فى ملكه .

هذا و لكن نقول اليوم خلافه و أن الاستصحاب لا يجرى مطلقا ، فان جواز البيع و عدم جوازه أى امضائه و عدمه من الاحكام الشرعية فلا ربط له بوقوعها فى الخارج بفعل المتبايعين .

و أما أصل وقوع البيع فمفهوم البيع أعنى اعتبار ملكية كل من العوضين لكل من المتبايعين و اظهاره بمبرز فى الخارج بحيث يرا العرف و العقلاء بيعا فى اعتبارهم أمر وجودى محقق بوجوده الاعتبارى والانشاء على انفراده ليس بيعا و انما هو مظهر للبيع و مبرز له و مخبر عن الاعتبار النفسانى و من الواضح أن العقلاء انما يعتبرون البيع فيما اذا كان للمبيع وجود خارجى أو كليّا بحيث اعتبر العقلاء ملكيته و صحة وقوع البيع عليه فى اعتبارهم و مع عدمه فلا يتحقق مفهوم البيع أصلا فانه لا معنى لبيع المعدوم .

و بعبارة أخرى أن وجود المبيع دخيل قتحقق البيع فى اعتبار العقلاء فمع العلم بعدم البيع لا يقع عليه البيع فانه من قبيل المعدوم فلا يعتبرون البيع الواقع على المعدوم بيعا فى نظرهم و ما اعتبره البيع فى نفسه و اظهر بالمظهر الخارجى لغو محض فانه صورة اعتبار البيع لا أنه بيع حقيقة فأنا و ان قلنا أن البيع متقوم بامرين أحدهما الاعتبار النفسانى و الثانى اظهاره بمظهر خارجى و لكن ذلك انما يتحقق مع وفق الاعتبار لما فى الخارج ووجود المطابق له فى الخارج، وعلى هذا فلو شككنا فى تحقق البيع من جهة الشك فى وجود المبيع حين البيع فالاصل عدمه ·

و تحقق الانشاء و ان كان مسلّما و لكنه ليس ببيع و ح فالحكم هو أصالة بقاء الثمن فى ملك المشترى كما أفاد المصنف (ره) و من هنا ظهر الحكم فى سائر العقود و الايقاعات فاذا شك فى موت العبد و بقائه و اعتقه فلا يصح تصحيح العتق باستصحاب بقاء العبد الى زمان العتق ووقوع العتق عليه فان ما تحقق قطعا هو الانشاء و أما حقيقة العتق فهو مشكوك ، فانه يعتبر فيه وجود المعتق و هو مشكوك فلعل العتق وقع على المعدوم ،فلا يعتبرونه العقلاء عتقا فالاصل عدم تحققه فلا يكفى من الكفارات و النذر و العهد و هكذا الحال فى سائر العقود والايقاعات ولو شك بعد الطلاق فى بقاء الزوجية أو بعد الاجارة فى بقاء الدار فلا يمكن تصحيح ذلك باصالة الصحة لاحتمال مجرد الصدق الواقعية وقد يقال بصحة البيع تمسكا باصالة الصحة للشك فى بعض شروط وهو وجود المبيع وانما مورد أصالة الصحة هو ذلك ·

و يرد عليه وجوه: الاول : أن أصالة الصحة ليست الا هى قاعدة الفراغ غاية الامر أن قاعدة الفراغ تجرى فى فعل شخص الانسان و أصالة الصحة

تجری فی فعل الغیر و ذکرنا فی قاعدة الفراغ أنها انما تجری فی موارد تکون صورة العمل محفوظة کماعبر بذلك شیخنا الاستاد وأما فیما لم تکن صورة العمل محفوظة فلا مورد لقاعدة الفراغ و کذلك لا مورد لقاعدة أصالة الصحة مثلا اذ شك المتوضی بعد وضوئه أن ما کان یتوضأ به کان ماءً أوشیئا آخر من المایعات التی لا یجوز التوضی بها فانه لا تجری فیهما قاعدة الفراغ لعدم الحفاظ صورة العمل و انما تحمل مجرد الصدفة الواقعیة فقط

نعم مورد قاعدة الفراغ ما اذا کان هنا مائان و توضأ من أحدهما کان احدهما مما یجوز التوض به و الاخر لا یجوز ثم شك فی أنه کان من الذی یجوز التوضی به أو من الذی لا یجوز فبقاعدة الفراغ یحکم بالصحة و یکون التوضی من الذی یجوز التوضی به و کذلك فی قاعدة الصحة اذا شککنا فی ما فعله المتبایعان هو حقیقة بیع أو صورة بیع فانه لا یمکن باصالة الصحة اثبات کون الواقع بیعا حقیقة بمجرد احتمال الصدفة الواقعیة و کذلك فیما اذا احتملنا أنه قال انت طالق و لکن نحتمل أنه قاله لزوجته أولأجنبیة فلایمکن حمله علی الطلاق الصحیح باصالة الصحة ٠

نعم اذا احرز أنه طلق زوجته و احرزنا صورة العمل أی الطلاق بالزوجة و لکنه نشك فی صحته و فساده فنحمل علی الصحة و کذلك اذا رتینا أن أحدا قام علی میت فلا ندری أنه یصلی أو لا ،فلایمکن حمل فعله علی الصحة بمجرد احتمال الصدفة الواقعیة ٠

نعم اذا حفظنا صورة العمل وعلمنا أنه یصلی علی المیت و شککنا فی صحته و فساده من جهة أخری فنجری اصالة الصحة و هکذا فی فجمیع العقود والایقاعات و العبادات کفائیة أو عینیّة ٠

وثانیا :أنه مع قطع النظر عن الاشکال الاول ان اصالة الصحة مشروطة

بكون الشرط الذى نشك على كل تقدير مقدورا للمكلف فلو كان على تقدير مقدورا له و على تقدير غير مقدور فلانجرى فيه اصالة الصحة مع كون الشرط شرطا على كل تقدير و لزم من انعدامه بطلان العمل مثلا ففى المقام أن وجود المبيع دخيل فى صحة البيع لبطلان العقد بدونه على كل تقدير ، فوقوع البيع عليه غير مقدور على المكلف و على تقدير وجوده فوقوع البيع عليه مقدور و مع عدمه فغير مقدور فلا نجرى قاعدة اصالة الصحة فى مثل ذلك و من هذا القبيل ما لو باع لا يعلم أنه ماله أو لا مع عدم كونه تحت يده وكذا بيع من نشك فى بلوغه و عدمه و هكذا الأمر فى قاعدة الفراغ و قد خالف شيخنا الانصارى فى هذا الشرط فى قاعدة الفراغ.

و ثالثا : ماذكره المصنف مع الغض عن الاشكالين الاولين من وجود الجامع بين الصحيح و الفاسد بحيث ينطبق عليهما ، وأما اذا لم يكن هنا جامع بينهما لكون الفاسد غير معقول كما فى المقام فان المعدوم محال فلا يمكن حمل فعل المسلم على الصحة بوجه .

الكلام فى بيع مالايفسده الاختيار به

بقى هنا فرعان قد تعرض لهما الاصحاب ، أحدهما اعتبار الاختبار فيما لا يفسده الاختبار ، فهل يشترط فيه الاختبار كما ذكره بعضهم أو يعتبر فيه اشتراط الصحة كما ذكره آخر أو يعتبر فيه البراءة من العيوب كما ذكره ثالث أو الاخيرين معا كما ذكره رابع أو يكفى التوصيف كما ذكره بعضهم أو مع الانضباط كما ذكره آخر وجوه ، بل اقوال فى المسألة كما يظهر من مطاوى كلمات الاصحاب التى نقل جملة منها المصنف (ره) فلاحظها .

و لا يهمنا التعرض بكلمات الأصحاب و بيان مرادهم كما تعرضها المصنف بعد ما لم يكن اجماع فى البين كما يظهر لمن يلاحظها و لم يرد فى المقام نص حتى يلاحظه فلابدّ من التكلم هنا على مقتضى القاعدة بل التحقيق أن يقال أن الاوصاف التى تختبر على أقسام ،فانها قد تكون من اوصاف الصحة الدخيلة فى صحة البيع فتارةتكون الاشياء المتصفة بها مما لا يفسده الاختبار وأخرى مما يفسده الاختبار،أماالاول كالعطور و بعض أقسام الفواكه من العنب و التين و نحوهما بمقدار يسرمنهاغيرمفسد قطعا فنقول أن المانع من صحة البيع مع الجهل بأوصاف المبيع من الاوصاف الصحة كالطعم و الرائحة فيما يقصد منه طعمه أو ريحه من العطور والفواكه ليس الاّ الغرر الثابت بحديث نفى الغرر بناء على تماميته أو الاجماع المنعقد على اعتبار العلم بالعوضين بناء على تماميته أيضا و حجيته ،فلا شبهة أن المناط فى صحة البيع فى جميع الموارد هوارتفاع وصف الغررفان البيع الغررى باطل فلابد من ملاحظة ما يوجب ارتفاع الغرر منغيرتخصيص بشرط خاص من الاشتراط أو الاختبار أو البراءة من العيوب.

و عليه فيرتفع الغرر بأمور، الاول : الاختبار بما لا يفسده الاختبار، فيما يستخير حال المبيع به كاستشمام العطور وذوق الفواكه التى لا تفسد بالاختبار كأكل حبة من العنب و نحوه أو استشمام بعض أقسامها فان ذلك يرفع الغرر فيكون البيع صحيحا من ناحية الغرر فهذا مما لا شبهة فيه.

الثانى : اشتراط الصحة من العيوب الموجبة للغرر بحيث يكون الخيار عند ظهور المبيع أو الثمن فاقدا لذلك الوصف لكل من البايع و المشترى و هذا أيضا رافع للغرر كما هو واضح.

الثالث: الاقدام على المعاملة مطلقا من غير اشتراط ولا اختبار أصلا

بل يسكت عن جميع ذلك ، ولكن الشرط الضمني موجود في المقام بظهور العوضين واجدا لاوصاف الصحة و لم يكن عديما لها بحيث لو ظهر فاقدا كان للمشروط له الخيار ، ومع هذا الشرط الضمني لا يضره السكوت عن الاشتراط لانصراف المطلق الى الفرد الصحيح و الذي يدّل على هذا ابناء العقلاء في معاملاتهم فانهم يعاملون معاملة كلية أو جزئية مطلقة و اذا ظهر المبيع فاقدا لاوصاف الصحة يرجعونه الى صاحبه و يكون لهم الخيار حينئذ ٠

فتحصل أن ارتفاع الغرر في المقام ليس منحصرا بالاختبار بل كما يرتفع به كك يرتفع بالاشتراط و بالشرط الضمني أيضا لعدم ورود النص على الاختبار بالخصوص و عدم وجود الاجماع عليه كما ظهر من مطاوي ما ذكرناه ، بل الاجماع على عدمه فانه من باب ذكر وصف الصحة ومن الواضح أنه غير لازم اجماعا كما ذكره المصنف في جواب السرائر ، و أما توصيف البايع المثمن و توصيف المشتري الثمن مع حصول الوثوق منهما فداخل في صورة الاشتراط ٠

و أما اشتراط البراءة من العيوب فالظاهر من عبارة المصنف من عطفه على اشتراط الصحة بأو و كذلك الظاهر من عبارة النهاية والمقنعة المنقولة في المتن هو كفايته في نفسه حيث قال (خلافا لظاهر جماعة تقدم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحة أو البراءة من العيوب أو خصوص أحدهما) أقول ان كان المراد من البراءة من العيوب هو احراز كل من البايع و المشتري كون المبيع سليما عن العيوب و صحيحة هذا هو المراد ظاهرا للمصنف حيث ذكر في اواخر كلامه أنه ظاهر عبائرهم المتقدمة اشتراط الوصف أو السلامة من العيوب فيما يفسده الاختبار بحيث يكون البيع غير غرري وان كان المراد من البراءة من العيوب التبري منها بحيث يبيع المتاع على ما هو عليه

من الصحیح و الفساد سواء ظهر فاقدا لاوصاف الصحة أو واجدا لها لا یکون خیار للمشتری و یشرط المشتری علی البایع فی الثمن أیضا ، هذا الاشتراط فهذا البیع غرری بلا شبهة فیکون الاشتراط مؤکدا للغرر فیبطل البیع للغرر بناء علی مانعیته عن البیع فلا یرتفع الغرر بالاشتراط و علی الاجمال فلاوجه لاشتراط هذا الشرط أصلا ، فانه ان کان راجعا الی اشتراط الصحة فذکره تکرار و ان کان بمعنی التبری فاشتراطه موکد للغرر فلا یکون رافعا له .

و من جمیع ما ذکرناه ظهر بطلان ما ذهب الیه فی السرائر من تقویة عدم جواز بیع العین الحاضرة المشاهدة بالتوصیف ، بل لابد من ذوقها و شمها .

و مما ذکرناه ظهر جریان أصالة السلامة فی المبیع فان المراد بها هو اشتراط کون المبیع سالما علی العیوب بالشرط الضمنی وواجدا لاوصاف الصحة علی النحو الذی تقدم و هذا ما جری علیه بناء العقلاء فی معاملاتهم ولیس المراد من اصالة السلامة ما یکون طریقا الی احراز کون المبیع واجدا لاوصاف الصحة باستصحاب الحالة السابقة التی شوهدت و کانت واجدة لاوصاف الصحة حتی یناقش فیها بما ناقشه المصنف من عدم الدلیل علیه لا من بناء العقلاء الا فیما اذا کان الشك فی طرو المفسد و لا من غیره فانه لو کان المراد من أصالة السلامة هو ذلك فلیس علیه دلیل حتی مع الشك فی طرو المفسد الذی استثناه المصنف ، فانا ذکرنا فی علم الاصول أنه لا وجه لکون بناء العقلاء دلیلا للاستصحاب وأنه غیر ثابت کما هو واضح ، و هذا بخلاف ما ذکرناه من أصالة السلامة فان بناء العقلاء علیه مسلم کما لا یخفی .

ثم ظهر أيضا منجميع ماذكرناه بطلان ماذكره المصنف من التفصيل ، بين الاوصاف الدخيلة فى معظم المالية و بين غيرها ،و حاصلهأن الاوصاف ان كانت دخيلة فى معظم المالية بحيث تزول المالية المهمة بزوال الاوصاف فلابد من احراز السلامة عنها اما بالأصل أو بالاختبار أو التوصيف و مع انتفاء الاول يبقى الأخيران و هذا ككون الجارية خنثى وكون الدابة لا تستطيع المشى أو الركوب و الحمل عليه ٠

و أما اذا لم تكن الاوصاف من قبيل الاوصاف الدخيلة فىمعظمالمالية فلايجب احرازها ولا يلزم الغرر من الانتفاء و هذا ككون الجارية ممن لا تحيض فهى فى سنّ من تحيض ، فان انتفاء ذلك لا يوجب انتفاء معظم المالية لبقاء الاستمتاع و الاستخدام على حالها غايةالأمرقد انتفىالاستيلاد فقط و أما فى الاول قد انتفى الاستمتاع أيضا ٠

و قد ظهر جواب هذا التفصيل أيضا فان المناط فى صحة العقد هو رفع الغرر كما تقدم ،فكلما يلزم من عدم اعتباره و اشتراطه فىالعقدغررفلابدّ من اشتراط مايوجب رفعه من الاختبار أو اشتراط الصحة أو الارجاع الى أصالة السلامة والاّ فلا ،سواء كانت دخيلة فى معظم المالية أم لا ،فان ما يكون دخيلا فى ذهاب المالية وان لم تكن معظما فالسكوتعنه فى مقام البيعغرر بلاشبهة ٠

فتحصل من جميع ماذكرناه حكم مايفسده الاختبار أيضا فان جميع ما ذكرناه جار فيه الاّ الاختبار لان المفروض أن الاختبار يفسده وأمااشتراط الصحة أو بيعه مطلقا ايكالا الى اصالة السلامة فهما جاريان فيه ، كما يجريان فى الاول أعنى ما لا يفسده الاختبار و هذا كبيع نوع الفواكه التى يفسدها الاختبار كالرقى و البرتقال و الليموا و نحوها فان الغرر يرتفع

فیها بأحد الامرین المذکورین فلو تبرء عن العیوب یکون غرریا فیبطل ·

نعم قد ورد فی المقام روایة(١) ربما یتوهم فیها اعتبار الاختبار فیما یختبر حیث قال(ع) فیمن سأل عن ذوق الطعام فی المال الذی یرید أن یشتریه ،فقال(ع) نعم فلیذقه فلا یذوقن ما لا یشتری·

و فیه ما ذکره المصنف (ره) من أن السؤال فیها عن جواز الذوق لا عن وجوبه فانه(ع) جوّز ذلك لمن یرید الاشتراء لا لکل من و لو لم یکن نظره ذلك و الاّ فان بعض الطماعین یأخذون ذلك وسیلة لاکل أموال الناس بأن یأکل من دکان عشرة حبات من العنب و من الاخر کذلك، و من الثالث هکذا فیکون أکثر من الحقة فنهی الامام(ع) عن ذلك فیجوّز هذا النحو من الطریق أیضا ·

فتحصل أن ما لا یفسده الاختبار فبالنسبة الی الاوصاف الدخیلة فی صحة المبیع یجوز بیع الموصوف بها بالاختبار و بالتوصیف و بالاعتماد علی أصالة الصحة والسلامة علی المعنی الذی ذکرناه أی انصرافه الی کون المبیع سالما عن العیوب و واجدا لاوصاف الصحة فانه الفرد الصحیح وقلنا هذا معتبر بالشرط الضمنی فی العقود و المعاملات·

و أما بالمعنی الذی ذکره المصنف من کونها محرزة لبقاء المبیع علی اوصاف الصحة وعدم طروّ العیب له لیوجب زوال صحة المبیع فلیس له مدرك صحیح کما عرفت حتی فیما کان للمبیع حالة سابقة فانا ذکرنا فی بحث الاصول أنه لا دلیل علی اعتبار الاستصحاب من ناحیة بناء العقلاء کما هو واضح ·

و قد عرفت أیضا أنه لا یفرق فی ذلك فی الاوصاف التی لها دخل فی

---

(١) وسائل : ج ١٢ ، ص ٢٧٩

معظم مالية المبيع و ما لا يكون كك ،فان فى جميع ذلك لا بد من رفع الغرر فى صحة البيع والاّ يحكم بالبطلان فرفعه بأحد الامور الثلاثة المتقدمة فلا دليل على الفرق المذكور بوجه ،وان التزم المصنف و على هذا فلا وجه للالتزام بلزوم الاشتراط أو لزوم الاختبار فقط كما ذهب اليه الحلى (ره) ٠

و أما أوصاف الكمال ككون الفاكحة أو الدبس حلوا شديدا وزائدا عن الحد الاوسط أو واجدا لاصل الحلو المتوسط فان الحلاوة من الاوصاف الكمالية فان كان المتاع مما يمكن توصيفه بالوصف الكمالى و بيانه على نحو يرتفع به الغرر فيجوز بيعه بالاختبار من المشترى و بالتوصيف من البايع فيكون اخباره اشتراطا مع الوثوق باختباره و بالاشتراط أيضا بان يشترط المشترى كونه واجدا لوصف الكمال ،وأما الاعتماد على أصالة الصحة ، و السلامة المتقدمة فلايجرى هنا فان الأوصاف ليس من الاوصاف الصحةحتى ينصرف الاطلاق الى الصحيح وأن كون المبيع صحيحا أخذ شرطا فى ضمن العقد كما لا يخفى ٠

وأما فيما لا يمكن التوصيف و الاخبار كما اذا كان الوصف على نحو يدرك ولا يوصف كوصف الملاحة و نحوها ففى ذلك لا بد فى رفع الغرر ، اما من الاشتراط أو الاختبار والاّ فيكون باطلا للغرر المنفى ،فان المفروض ان الأوصاف المذكورة لها دخل فى المالية فاذا لم يشترط البيع على نحو يكون رافعا للغرر فيكون البيع باطلا لذلك ٠

و أما فيما يفسده الاختبار فبالنسبة الى أوصاف الصحة فيأتى فيه جميع ماذكرناه فيما يفسده الاختبار الاّ بالاختبار لأن المفروض أنه يفسد فيبيع اما مع الاشتراط أو مع الاعتماد على أصالة الصحة على النحو المتقدم أو يخبر البايع عن الاوصاف فيكون هذا أيضا رافعا للغرر مع الوثوق بكلامه ،

فیکون هذا أیضا داخلا فی الاشتراط فانه نحو منه ·

وأما الاوصاف الکمالیة فبالنسبة الی الاوصاف التی یمکن الاطلاع علیها فیجوز المعاملة ح بالاشتراط وبتوصیف البایع فیرتفع الغرر بهما فیکون داخلا فیما یشتری اعتمادا علی وصف البایع أو یشترط کون المبیع واجدا للاوصاف الکمالیة ومع ذلك یرتفع بها الغرر ·

وأما الاوصاف الکمالیة التی لا یمکن الاطلاع الیها اصلا الاّ بالاختبار ککون البطیخ حلوا وکون الرقی أحمر من الاوصاف الکمالیة التی لا یعلم الاّ بالاختبار ، فالظاهر انها غیر دخیلة فی المالیة أصلا فلایلزم عدم اشتراط کون المبیع واجدا لها غرر أصلا ، فان المفروض ان المورد فما یفسد مالاختبار وأن التوصیف لا یمکن أیضا وان أصالة السلامة غیر جاریة فیبیع المالك علی هذا النحو اذ لا یفرق العرف فی أمثال ذلك بین ما یکون واجدا لها وبین ما یکون فاقدا لها لعدم طریقهم الی ذلك ، وان کانوا یفرقون بینهما بعد الاطلاع الیها وعلی هذا ان اشتراط المشتری کون المبیع واجدا لتلك الاوصاف فبها والاّ فلیس له حق الرجوع أصلا فهذا هو الذی تعارف فی العرف التبری من کون المبیع واجدا لها أو فاقدا لها فیقول أبیع المتاع الفلانی علی ما هو علیه سواء کان واجدا للوصف الفلانی أو فاقدا له دون ما کان الوصف من الأوصاف الصحة لما عرفت أن التبری من فقدان الوصف من أوصاف الصحة موجب للغرر ·

الکلام فی حکم ظهور المبیع معیباً

وأما الکلام فی حکم تخلف الاوصاف المذکورة فذکر المصنف فی فرض

تخلّف وصف الصحة أقساما ثلاثة :ـ

الاول :أن يكون لفساد المبيع فى نفسه قيمة كالجوز و البطيخ و سائر أقسام الفواكه اذا لم يكن الفساد بمرتبة يوجب خروج المبيع عن حيز الانتفاع ولاكونه معنونا بغير عنوان المبيع فان لب الجوز وان كان فاسدا بصيرورته أسود ولكن مع ذلك ينتفع به بأخذ دهنه وكك البطيخ و الرقى و سائر الفواكه اذا لم تصل من الفساد الى مرتبته تخرج عن الانتفاع ، بل فسد جزء منها و صار به دود ونحوه وأما الباقى فيصح الانتفاع به ،و قد مثل المصنف بذلك ببيض النعامة بدعوى أن لفاسده أيضا قيمة ، و لا تعهد بخصوصيات فوائده و هو اعرف بمقاله ٠

الثانى : أن يكون لفاسده أيضا قيمة ولكن كان خارجا عن نوع الصحيح بحيث يعدّ فى نظر العرف شيئا آخر غيره و هذا كظهور اللوز والجوز قشرا فان للقشر قيمة ومالية فى نظر العرف فى الحريق ولكن من حيث انه حطب لا من حيث انه جوز ٠

الثالث: أن لا يكون للفاسد مالية وقيمة أصلا كالبطيخ الفاسد بحيث لا ينتفع به اصلا ٠

وبعبارة أخرى أن فاسد المبيع قد يكون فاسدا بحيث يكون خارجا عن المالية أصلا وأخرى يكون له مالية وقيمة و على الاول تارة يكون من جنس الصحيح وأخرى من غير جنسه ، فالأقسام ثلاثة ٠

أما القسم الاول : فتارة يكون ظهور العيب قبل الكسر و القص ، بان عرف أن البطيخ فيه دور وأخر بعد الكسر فعلى الاول يتخير المشترى بين الفسخ والامضاء بدون الأرش بأن يرضى بالعقد على أى نحو كان أو الامضاء مع الأرش كما هو واضح ،وأما بعد الكسر فليس له فسخ العقد الآ مع

اشتراطه هكذا بان يقول للبايع حين البيع لو ظهر متاعك معيبا و لو بعد الكسر فلى أن أرجعه وأما مع الاعتماد على أصالة السلامة فلايجوزلها لفسخ، بل يتخير بين الرضى بالعقد بدون الارش و الرضاء به مع الارش ·

وأما القسم الثانى :فالظاهر هو بطلان العقد لماعرفت مرارا أن تخلف الأوصاف التى من الصور النوعية فى نظر العرف يوجب البطلان فان ما هو موجود ليس بمبيع و ما هو مبيع ليس بموجود ،فيكون البيع باطلاكمالا يخفى·

و الحاصل أنه اذا ظهر المبيع فاسدا و كان للفاسد أيضا قيمة و لكن يحسب فى نظر العرف غير الصحيح بحسب الصورة النوعية كما اذا اشترى وزنة تمر فظهر أنه فى حكم النوى لا يناسب الاّ بالحرق فهذا لا اشكال فى فساد البيع لما عرفت أن المبيع غير موجود و الموجود غير مبيع و هذا خارج عن الاقسام الذى ذكره المصنف و نتعرض لها ·

و حاصل الأقسام أن ما ظهر المبيع فاسدا تارة يكون مع كونه فاسدا على قيمة الصحيح و أخرى أقل منه ،و ثالثة يظهر أنه لا قيمة له أصلا وعلى كل تقدير فقد يكون ظهور الفساد قبل الكسر و القصّ و قد يكون بعده ، فالاقسام ستته·

أما اذا كان ظهور العيب قبل الكسر فما اذا كان الفاسد بحيث تكون قيمته مساويا لقيمة الصحيح فح ليس للمشترى أخذ الارش فان المفروض ان قيمتهما متساوية فالارش انما يكون اذا كانت قيمة المعيب أقل من الصحيح فان الارش عبارة عن تفاوت القيمة بين الصحيح و المعيب فاذا لم يكن تفاوت فى البين فأى معنى للأرش نعم له فسخ العقد لخيار العيب أو امضائه كك وأما اذا كانت قيمة الفاسد أقل من قيمة الصحيح فيتخيّر المشترى بين الامور الثلاثة فسخ العقد أو الرضى به بدون الأرش أو الرضا بمع الارش

فان المعيب أقل قيمة من الصحيح فللأرش هنا مجال ·

وأما اذا كان الفاسد بمرتبة لا قيمة له أصلا كما اذا اشترى بطيخا فظهر فاسدا على نحو لم تكن له قيمة أصلا كان يعدّ من الزبالة ففى هنا يحكم بالبطلان اذ المبيع من حيث عدم مالية فى حكم المعدوم فليس هنا أرش أيضا ، بل الحكم هو الانفساخ ليس الا بل الوجه هو البطلان لعدم اعتبار العقلاء ذلك البيع بيعا أصلا حتى بناء على عدم اعتبار المالية فى المبيع كما بنينا عليه فى أول البيع فان ما ليس بمال يعدّ فى نظر العرف نوعا أخر فى قبال ما هو مال فاذا وقع البيع بالمال فظهر غير مال فقد تخلّف صورته النوعية فيكون فاسدا ، من هذه الجهة نظير ما اذا اشترى أحد عصفورا فبان انه حشرة من الحشرات فان بيع الحشرات فى نفسه و ان كان جائزا و لكن المبيع هنا ليس هو الحشرة ، بل هو العصفور فما هو مبيع ليس بموجود و ما هو موجود ليس بمبيع و كذلك الحال فى المقام ·

و أما اذا ظهر الفساد بعد الكسر فان كان الفاسد أيضا مالا و كانت قيمته مساوية لقيمة الصحيح فليس للمشترى هنا شىء أصلا من انحاء الخيارات أما الأرش فلما عرفت من عدم تفاوت المعيب مع الصحيح من حيث القيمة و أما الرد و الفسخ فهو و ان كان جائزا قبل الكسر و التصرف و لكن يسقط ذلك بعد الكسر للنص(١) الخاص الوارد فى خيار العيب من أنه اذا أحدث فيه حدثا أو لامس فلا يجوز له الرد فيكون ذلك ساقطا للنص وان كان هو جائزا فى نفسه بحسب القاعدة ·

و لا يفرق فى ذلك بين أن يكون للمكسور قيمة أولا ولا بين أن تكون قيمة

(١) وسائل :ج ١٢ باب سقوط خيار المشترى بتصرفه ح ١ و٣ ص ٣٥١

الفاسد بعد الكسر أقل من الصحيح أولا فانه على كل تقدير ليس له حق الرجوع بوجه فانك عرفت أن قيمة الصحيح و المعيب متساويتان و انما سقط الفاسد عن القيمة أو نزلت قيمته بكسر المشترى ·

و أما اذا كانت قيمة الفاسد أقل من قيمة الصحيح فح فلا يجوز للمشترى الفسخ لما عرفت من سقوطه بالكسر للنص فح يتخير المشترى بين الرضى بالعقد بدون الأرش أو الرضا به مع أخذ الأرش و المراد من الأرش هنا هو تفاوت ما بين الصحيح و الفاسد قبل الكسر لا بعده اذ قد لا يكون للفاسد قيمة بعد الكسر أصلا كما عرفت و لكن ذلك مستند الى فعل المشترى و احداثه فيه حدثا فيسقط للنص ·

و أما اذا لم يكن له قيمة أصلا فحكمه حكم قبل الكسر اعنى انفساخ العقد اذ لا مالية للمبيع أصلا و العقلاء لا يعتبرون مثل ذلك البيع بيعا وانما هو فى صورة البيع والامر كك حتى مع القول بعدم اعتبار المالية فى المبيع كما عرفت فان البطيخ اذا ظهر معيبا بحيث لا يعدّ من المأكول فيكون نوعا آخر فى مقابل المأكول فهما فى نظر العرف مختلفان بحسب الصورة النوعية كما لا يخفى فيكون البيع باطلا من الاول سواء كان ظهور العيب قبل الكسر أو بعده ، فيكشف عند ظهور العيب أنه باطل من الاول كما صرح به الشيخ و الحلى والعلامة فى التذكرة مستدلين بوقوعه على ما لا قيمة له كالحشرات وهو صريح جملة ممن تأخر عنهم أو ظاهر آخرين ·

و لكن الظاهر المحكى عن الشهيد فى الدروس انفساخ البيع من حين تبين الفساد لا من أصله و جعل الثانى احتمالا و نسبه الى ظاهر الجماعة وقد أشكل عليه المصنف بما لا يخلو عن المتانة و حاصله أنه لم يعلم لذلك وجه ، ولذا نسب الشهيد الثانى فى الروضة خلافه الى الوضوح والوجه فى

بطلانه أن الفاسد ان لم يكن من الاموال فيفسد البيع من أصله لأن كون المبيع متمولا شرط واقعي لا علمي ،وان كان من الاموال فان لم يكن تفاوت بين الصحة و المعيب فليس للمشترى خيار فكك بعد التصرف و ان كان له خيار عيب قبل التصرف كما تقدم ،و ان كان بينهما تفاوت فيؤخذ التفاوت بعد التصرف لا جميع الثمن و قبل التصرف يتخير بين الامور الثلاثة ، كما تقدم ٠

ثم وجه كلامه بانه الاّ ان يقال انه مال واقعي الى حين تبين الفساد فاذا سقط عن المالية لامر سابق على العقد وهو فساده واقعا كان في ضمان البايع فينفسخ البيع ،بل يمكن ان يقال بعدم الانفساخ و حيث ان خروجه عن المالية لامر سابق و سبب سابق كان في ملك البايع فكان الضمان على البايع٠

و الحاصل أن البيع منفسخ في زمان ظهور العيب والرجوع الى البايع من جهة كون حدوث العيب في ملكه كما لا يخفى ٠

ثم اشكل عليه المصنف بكونه على خلاف القواعد على ما سيأتي في الخيارات ،وانما تعرضه المصنف هنا لاجل خصوصية في المقام ٠

و حاصل ما أورده المصنف عليه أنه ان كان العلم بالعيب موضوعا للخروج عن المالية فيكون حدوث العيب في ملك المشترى فلاوجه للرجوع الى البايع و ان كان طريقا الى ذلك فيكون كاشفا عن البطلان من الاول فانه اذا انكشف الفساد حكم بعدم المالية الواقعية من الاول فلاوجه للحكم بالانفساخ حين ظهور العيب على أنه لو سلمنا أن العلم بالعيب مخرج له عن المالية لا كاشف فهو مثال ان زيد يعمى بعد مدة وكالعبد المريض يموت بعد مدة فانه في مثل ذلك فيرجع الى البايع لا في جميع المبيع ،بل

بالتفاوت بين الصحيح و المعيب قبل التلف و الخروج عن المالية ، لأن المعيب أيضا له مالية و له قيمة كما لا يخفى على أن فوات المالية يعدّ تلفا لا عيبا كما هو واضح ٠

و بالجملة لا نعرف وجها لتصحيح كلام الشهيد فانه ان كان الفاسد له قيمة فحكمه ماذكرناه و ان لم تكن له قيمة فحكمه الانفساخ من الاول لعدم كونه مالا من الاول على أن ما وقع عليه البيع غير الموجود و ما هو موجود غير ما وقع عليه العقد كما تقدم ٠

الكلام فی ثمرة الخلاف

و أما ثمرة الخلاف بين ماكان الانفساخ من الاول كما ذهب اليها الاكثر على ماعرفت، وبين ماكان من حين ظهور العيب فی المبيع فهی تظهر فی ترتب آثار ملكية المشترى الثمن الى حين تبين الفساد فلو اشترى البايع دارا بالثمن المذكور فربح فی ذلك الفا فانه للمشترى على المشهور لحصول الانفساخ من الاول و عدم خروج الثمن من ملك المشترى أصلا فيكون اشتراء الدار فضوليّا ٠

و للبايع على قول الشهيد كما هو واضح ٠

و عن الدروس و اللمعة أن الثمرة تظهر فی مؤنة نقله عن الموضع الذی اشتراه فيه الى موضع اختبار فقد ذكر فی ذلك أقوال ثلاثة :ـ

الاول : ماذكره الشهيد الاول من أن مؤنة النقل على تقدير انفساخ العقد من الاول انما هی على البايع، و على المشترى لو قلنا بالانفساخ حين ظهور الفساد فی المبيع لوقوعه فی ملكه، و قد نقل المصنف هذا الوجه و ارتضاه ٠

الثاني : ماذكره المحقق الثاني فى جامع المقاصد وتبعه الشهيد الثانى من كونها على المشترى مطلقا وليس له أن يرجع الى البايع، والوجه فيه هو أن المشترى نقله بغير أمر البايع.

الثالث: ماذكره المصنف عن بعض الاساطين - كاشف الغطاء - و هو كونها على البايع مطلقا فانه قدره نفى البعد عن ذلك، و الظاهر: أن شيئا من الوجوه الثلاثة لا يمكن المساعدة عليه.

أما الوجه الاول: فلا دليل عليه من النص و الاجماع و العقل، لأن مجرّد ظهور العيب فى ملك المشترى لا يستلزم كون غرامة النقل عليه كما ان عدم ظهور فى ملك الغير لا ينفى الغرامة عنه، بل لا بد فى ذلك من وجود السبب للضمان، وكك لا وجه للوجه الثاني و الثالث على وجه الاطلاق، كما سيظهر وجهه.

و التحقيق أن يقال: قد تقدم فى بيع الفضولى أنه اذا استند الوقوع على الضرر الى غيره بالاغترار كان ضمانه على الغار لقاعدة الغرور الثابتة بالنقل و الاعتبار و الاّ فلا، وعليه فان كانت الغرامة الحاصلة من نقل المبيع الى مكان الاختبار مستندة الى البايع، وكونه غارا للمشترى فى ذلك لعلمه بالعيب و جهل المشترى به فمؤنة النقل على البايع.

و أن لم يكن اغترار فى المقام لعلمهما بالحال أوجهلهما بها فالغرامة على المشترى، لانك قد عرفت فى المبحث المذكور أن الغرور انما يتقوم بأمرين أحدهما علم الغار بالعيب، و ثانيهما جهل المغرور به، و مع انتفاء أحدهما ينتفى الغرور، وعلى هذا فلا وجه لماذهب اليه جامع المقاصد و ما قرّبه بعض الاساطين على الاطلاق، بل لا بد من التفصيل فى المسألة بلحاظ الغرور وعدمه، هذا كله فى مؤنة نقل المبيع من مكان البيع الى مكان الاختبار.

و أما مؤنة النقل من مكان الاختبار الى مكان البيع أو المكان الاخرمع مطالبة البايع أو كونه فى مكان يجب تفريغه كالمسجد والمشهد أو فى مكان مغصوب فذكر المصنف أنه على البايع على تقديرين لأنه بعد الفسخ ملكه ، وأما لو لم يكن قابلا فلايبعد مؤاخذة المشترى به٠

وفيه أن هذا أيضا لا يتم لعدم الدليل عليه فان مجرد كون المبيع ملكا للبايع بعد الانفساخ لا يوجب كون مؤنة النقل اليه ، بل التحقيق ان يقال : اذا كان المعيب الذى خرج عن المالية ملكا للبايع كحبة من الحنطة مثلا ، أو موردا للحق و ان خرج عن الملكية أيضا كما اذا صار الحيوان ميتة أو ظهر البطيخ فاسدا بحيث لا يعتبر العقلاء فى مثله الملكية أيضا فطلب المالك ملكه أو متعلق حقه فان كانت المعاملة خالية عن غرور البايع المشترى و لم يستند ذلك الى تسبيب البايع لجهله بالحال فمؤنة النقل على المشترى فانه وضع يده على ملك غيره أو على مورد حقه فيجب عليه أن يرد مالى صاحبه فان مقتض دليل اليد الثابت بالنص و الاجماع و السيرة كما يشمل الاموال و كك يشمل الاملاك و الحقوق أيضا ٠

أقول : لا دليل على حرمة التصرف فى ملك الغير ما لم يكن مالا وما لم يزاحم حق المالك و دليل اليد ناظر الى غير ما نحن فيه على انه ضعيف السند و السيرة مشكوكة الشمول له وان استند ذلك الى تغرير البايع المشترى فتكون مؤنة النقل على البايع٠

و على الجملة أن مجرد كون المعيب ملكا للبايع لا يدل على كون الغرامة ومؤنة النقل من مكان الاختبار الى مكان البيع الى البايع ، بل بعد ماوضع المشترى يده على ملكه بغير اغترار يجب عليه رده الى صاحبه مع المطالبة ٠

و أما اذا لم يطالب البايع ملكه أو متعلق حقه و لكن كان ذلك فى مورد

يجب تفريغه منه كما اذ كان في مسجد أو في مشهد أو كان ذلك في ملك الغير فطلب تفريغ ملكه فالظاهر في هذا الفرض كون مؤنة الافراغ على المشتري حتى مع الاغترار في المعاملة من البايع فان قاعدة الغرور انما توجب كون غرامة المغرور على الغار فيما يكون التضرر في لوازم المبادلة و التمليك و التملك ومن الواضح أن النقل من مكان البيع الى مكان الاختبار وبالعكس من لوازم التمليك و التملك فتجرى فيها قاعدة الغرور ، وأما في ذلك فلا ومن البديهي أن وضع المتاع في المسجد ، أو المشهد أو في ملك غيره ليس من لوازم التملك الذي وقع فيه الغرور و هذا واضح جدا .

ثم ان المحكي في الدروس عن الشيخ (ره) وأتباعه أنه لو تبرء البايع من العيب فيما لا قيمة لمكسوره الى ح .

و فيه قد أشرنا اليه فيما تقدم وقلنا بانه اما غير محتاج اليه أو غير معقول بيان ذلك أن البراءة من العيوب ان كان من جهة الاطمينان بصحة المبيع واحراز كونه سالما عن العيوب اما باخبار البايع أو اعتمادا على أصالة السلامة بناء على كونها محرزة لصحته فليس هذا في نفسه شرطا آخر غير اشتراط الصحة ، بل مرجعه الى ذلك فليس لذلك وجه حتى يذكروها مقابلا لاشتراط الصحة ،على أنك عرفت أنه لا دليل على كون أصالة السلامة محرزة للواقع حتى فيما كان للمبيع حالة سابقة وان كان المراد من اشتراط البراءة من العيوب هو التبري عن عيوب المبيع بأي نحو كان من غير احراز صحته بطريق ولا اشتراط صحته في المبيع ولو بأصالة السلامة فيكون ذلك تأكيدا للغرر فيكون البيع غرريا ،على أنه لا نحتمل أن يقول أحد بأن البيع اذا لم يكون مشروطا بالبراءة من العيوب يكون فاسدا وأما اذا كان مشروطا بها يكون

صحيحا مع أنه يؤكد الغرر ويقرره كما عرفت وعلى كل حال لا نعقل معنى صحيحا لهذا الاشتراط.

وقد يوجّه بأن المراد من اشتراط البراءة اشتراط المشترى براءة المبيع من العيوب و كونه صحيحا وفيه أولا أنه خلاف الظاهر من ذلك و ثانيا ما ذكره المصنف من أن الكلام فى براءة البايع من العيوب دون المشترى فلا يمكن حمله على هذا الوجه.

نعم لو دار الامر بين حمله على الغلط وبين توجيهه بذلك فلاباس به صونا لكلام الاعاظم عن الغلطية.

الكلام فى جواز بيع المسك فى فارة

قوله : مسألة : المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك فى فارة.

أقول : هذا لا شبهة فيه مع الاشتراط أو الاعتماد على أصالة السلامة أو بالاختبار مع الامكان وذكر المصنف (ره) فالاحوط ماذكروه من فتقه بادخل خيط فيها بابرة ثم إخراجه وشمه ثم لو شمه و لم يرض به فهل يضمن هذا النقص الداخل عليه من جهة الفتق فهو مبنى على ضمان النقص فى المقبوض بالسوم من انه هل ضمان المأخوذ بالسوم مع التلف على المشترى أو على البايع وعلى كل تقدير فهل الحكم أعم من تلف الموصوف و الوصف أو هو مختص بتلف الموصوف فقط فعلى القول بضمان المشترى للموصوف والاوصاف معا ففى المقام أيضا يضمن لاتلافه وصفا من اوصاف المسك وجعله ناقصا بحيث اخذ عنه وصف التمامية ثم ذكر أن الاولى أن يباشر البايع بذلك و يشمه المشترى.

أقول : لا وجه لقياس المقام بالمقبوض بالسوم لوجهين : الاول : أن النزاع في ضمان المشتري بالمقبوض بالسوم هو فرض التلف ، ففي المقام هو الاتلاف سواء قلنا بالضمان هناك أم لا ، فلابد من القول بالضمان هنا فان من أتلف مال الغير فهو له ضامن فبناء على الضمان بالنقص في مال الغير فيكون ضامنا هنا أيضا كما هو الحق و المحقق في محله ·

الثاني : أن الاتلاف هنا مستند الى البايع دون المشتري فلا وجه للضمان على المشتري كما هو واضح ·

وقد يتوهم بطلان بيع المسك بدون الاختبار لوجهين :ـ

الاول : النجاسة فانه من الدم فهو نجس فيبطل بيعه لذلك ·

الثاني : للجهالة والغرر اما الاول فيرد عليه اولا أن كون المسك من الدم غير معلوم فانه لا طريق لنا اليه و ثانيا على فرض كونه من الدم فهو طاهر لقيام الاجماع ، بل السيرة على ذلك فاذا كان استعمال المسك في جميع الازمنة متعارفا من غير نكير من أحد بأنه نجس وثالثا لا دليل على كون النجاسة مانعا عن البيع تكليفا ووضعا كما تقدم في المكاسب المحرمة و قد اعترف بذلك المصنف في بيع الميتة وأما الوجه الثاني فمضافا الى أن عمدة الدليل على ذلك هو الاجماع لكون دليل نفي الغرر مخدوشا سندا ودلالة وأن الاجماع هنا ليس بتام لقيام الشهرة بل الاجماع على جواز بيع المسك في فارة على أن مانعية الجهالة انما هي للغرر فهو منفي اذا بيع مع الاشتراط أو معتمدا على أصالة السلامة بالمعنى الذي تقدم ·

ثم ذكر العلامة في التذكرة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف و بيع البيض في بطن الدجاج ·

أقول : أما بيع اللؤلؤ في الصدف فلا شبهة في بطلانه لكونه غرريا فان

بعض افراد اللؤلؤ یسوی بدرهم وبعضه الاخر یسوی بألف درهم كأختلاف أفراد الضیروزج بذلك فانه قد یكون اللؤلؤ صافیا فیسوی بألف دینار و قد یكون كدرا فلایسوی الا بدینار مع اتحادهما فی الكبر والصغر ·

وأما البیض فان كان من دجاج یعلم أنه بأی نحو یبیض من الصغر و الكبر بحیث جری عادته أنه یبیض علی نحوه یسوی بیضه بعشر أفلس فهذا لا اشكال فی صحة بیعه لعدم الغرر فیه و ان لم یعلم بذلك وتجری العادة بأنه بأی كیفیة یبیض فبیعه غرری باطل فأن بعض افراد البیوض یسوی بعشرة افلس وبعضه باثنی عشر افلس وبعضه بثمانیة افلس ، فلایعلم أن ما فی بطنه من أی قسم من هذه الاقسام ·

الكلام فی عدم جواز بیع المجهول مع الضمیمة وعدمه

قوله : مسألة : لافرق فی عدم جواز بیع المجهول بین ضم معلوم الیه و عدمه ·

أقول : بعد ما فرغنا من عدم جواز بیع المجهول فهل یجوز بیعه بضم معلوم الیه أم لا فمقتضی القاعدة المقررة علی عدم جواز بیع المجهول هو عدم الجواز مع ضم معلوم الیه أیضا لان ضم المعلوم الیه لا یخرجه عن الجهالة بل یكون الثمن الواقع فی مقابل المعلوم أیضا مجهولا فیبطل البیع لذلك وكك المبیع فان المجموع من حیث المجموع مجهول اذ لیس المراد من ذلك كون كل جزء جزء من المبیع مجهولا فهذا لا شبهة فیه وعلی هذا فلایجوز بیع السمك فی الاجام وأن ضم الیه السمك المعلوم أو القصب ولا یجوز أیضا بیع اللبن فی الضرع وان ضم الیه المعلوم فان المعلوم فی ذلك كله

يصير مجهولا بالضميمة وهذا على المشهور بين المتأخرين ولكن ذهب المشهور من القدماء الى جواز بيع المجهول مع ضمه بالمعلوم عن الخلاف و الغنية الاجماع على ذلك و اختاره المحقق الاردبيلى من المتأخرين و صاحب الكفاية والمحدث العاملى و المحدث الكاشانى و استدل عليه بروايات(١) منها مرسلة البزنطى عن أبى عبدالله(ع) قال اذا كانت أجمة ليس فيها قصب أخرج شيئا من سمك فباع وما فى الأجمة٠

و منها رواية (٢) ابن عمار عن أبى عبدالله(ع) لا باس بأن يشترى الاجام اذا كان فيها قصب،والمراد شراء ما فى الاجام و لو بقرينة الرواية السابقة ومنها (٣) رواية أبى بصير فان فيها تصيد كفا من سمك تقول اشترى منك هذا السمك وما فى الاجمة٠

و منها موثقة(٤) سماعة قال سألته عن اللبن يشترى و هو فى الضرع قال لا الا أن يحلب لك منه اسكرجة فيقول اشتر منى هذا اللبن الذى فى الاسكرجة و ما فى ضرعها بثمن مسمى ،فان لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى الاسكرجة الى غير ذلك من الروايات

ومنها (٥) ما عن ابراهيم الكرخى قال قلت لابى عبدالله(ع) ما تقول فى رجل اشترى من رجل اصواف مائة نعجة و مافى بطونها من حمله كذا

---

(١) وسائل :ج ١٢ ص ٢٦٣ حد ٢

(٢) وسائل: ج ١٢ ص ٢٦٤ حد ٥

(٣) وسائل: ج ١٢ ص ٢٦٤ حد ٦

(٤) وسائل :ج ١٢ ص ٢٥٩ باب ٨ حد ٢

(٥) وسائل: ج ١٢ ص ٢٦١

و كذا درهما قال لا بأس ان لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف، ومنها (١) ما دل على جواز بيع ما تقبل من خراج الرجال و جزية رئوسهم و خراج النخل وغيره اذا كان شيء واحد منها معلوما و بالجملة فالروايات الواردة في المقام على ثلاث طوائف منها ثقات و حسان و منها ضعاف.

الاولى : ما دل على جواز بيع السمك مع الآجام والثانية ما دل على جواز بيع الحمل بضميمة الصوف و الثالثة ما دل على جواز بيع الجزية و شرائها و نقلها من المتقبل بضميمة الجزء المعلوم منها.

و قد اشكل المصنف على الروايات و محصله يرجع الى وجوه، الاول أنه على تقدير العمل بالروايات فلابد من الاقتصار بمواردها فلايجوز التعدي عنها لانها روايات قد وردت على خلاف القاعدة فيقتصر على مواردها المعلومة فلايمكن أخذ ما يستفاد منها قاعدة كلية لتكون سارية في جميع الموارد حتى يكون تخصيصا للقاعدة المتقدمة من عدم جواز بيع المجهول في جميع الموارد في خصوص موارد الروايات.

الثاني : أن الروايات غير معمول بها حتى في مواردها فان الكف من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون ولذا جعلوه من الربويات، وكك أن مورد رواية الكرخي جواز بيع الحمل في البطون مع ضميمة الاصواف، و من الواضح أن الأصواف في نفسها مجهولة المقدار وكك أن ما في الاسكرجة من الحليب أيضا مجهول المقدار فلم يعمل أحد بهذا و القائلون بالجواز يقولون في ضم المعلوم الى المجهول و لذا منع المشهور عن بيع اصواف

---

(١) وسائل : ج ١٢ ص ٢٦١

الحيوان فی ظهورها والقائلون بالجواز استدلوا برواية الکرخی ٠

الثالث: أن مورد بعض الروايات غير ما هو محل الکلام فان محل کلامنا هو بيع مجهول الاوصاف مع ضميمة المعلوم اليه ومورد رواية سماعة هو کون المبيع مجهول الحصول فانه لا يعلم وجود اللبن فی الضرع وعدم وجوده حتی يضّم عند البيع بما فی الاسکرجة ٠

و لکن الظاهر أن شيئا من الوجوه لا يکون وجها لطرد العمل بالروايات أما الوجه الاول فلأن الظاهر من الروايات هو التعليل الشامل للمورد و غيره فلاوجه للمناقشة بعدم التعدی من مورد الرواية الی غير موردها فان قوله(ع) فلو لم يکن فی البطون حمل لکان الثمن فی مقابل الاصواف و کذلک قوله فان لم يکن فی الضرع لبن لکان الثمن فی مقابل ما فی الاسکرجة يفيد التعليل يعنی أن المناط فی صحة البيع أن لا يذهب الثمن هدرا بل لا بد و أن يقع فی مقابله شیء وهذا يعم الی جميع موارد بيع المجهول مع ضميمة المعلوم ،وقد تقدم نظير ذلك فی بيع عبد الآبق و قلنا بجواز التعليل من مورد الروايات لمکان هذه العلة التی ذکرت فی تلك الروايات الواردة فی بيع العبد مع الضميمة أيضا کما تقدم ٠

و أما الاشکال الثانی أعنی عدم کون بعض هذه الروايات غير معمول بها ففيه أن جهة السؤال فيها انما هو خصوص جهة بيع المجهول مع ضميمة المعلوم و أما کون الضميمة معلومة أو غير معلومة من المکيل والموزون أم لا فخارجة عن جهة السؤال فلعل السائل کان عالما بها و الحاصل لا يجوز دخل ما ليس مورد السؤال فی الرواية بما هو مورد السؤال و رفع اليد لاجل ذلك عن الروايات ،علی أنه يحمل أن يکون ما فی الاسکرجة معلوما لاحتمال کونها من المکيال و کذلك لا نقبل کون السمك من الموزون

دائما ، بل كثير ما يباع بالعدد كما تعارف ذلك فى اطراف الشط كثيرا نعم ربما يباع بالوزن ولكن أن الاصواف لعلها كانت معلومة بالمشاهدة بان كان أوان جزئها و بيعت مع المشاهدة أو كانت مجزاة أصلا وبالجملة لا وجه لهذه المناقشة أيضا .

و أما الاشكال الثالث أعنى كون المبيع مجهول الحصول لا مجهول الوصف ففى هنا أيضا أن جهة السؤال فرض كون المبيع موجودا و ليس جهة السؤال فرض كون المبيع مجهول الحصول على ان كون اللبن فى الضرع ليس من مجهول الحصول بل كثيرا يطمئن الانسان ، بل قد يكون اللبن موجودا فى الضرع كما هو واضح فالحق أنه لا مانع من العمل بالروايات و جواز التعدى عنها فان فيها صحاح و موثقات .

الكلام فى بيان اقسام التابع

قوله : بقى الكلام فى توضيح التفصيل المتقدم .

أقول : بعد البناء من المصنف على عدم جواز بيع المجهول مع الضميمة تكلّم فى معنى التابع فان العلامة فصّل فى بيع المجهول بين ما كان الانضمام مستقلا فحكم بعدم الجواز و بين ما كان تابعا فحكم بالجواز .

و توضيح المقام أن التابع قد يكون داخلا فى المبيع و يكون جزء منه و هذا كأسّ الجدران و الحيطان وأخشاب القبب و حديدتها فانها تابعة لبيع الدار وجزء منها و هذا لا شبهة فى جوازه أى يجوز بيع الدار مع كون هذه الامور من التوابع مجهولة فان الغرض من كون المبيع معلوما كونه معلوما عند العرف بحيث يقال انّ هذا المبيع معلوم وان كان بعض اجزائها

مجهولة بل لا يوجد مبيع فى العالم يكون معلوما من جميع الجهات للمتبايعين فانه لا يعرف حقائق الأشياء وخصوصياتها من جميع الجهات الا علّام الغيوب و من ارتضاه لغيبه فان بيع الحصر مثلا مع كونه معلوما بالمشاهدة و الزرع لا يعلم أنه بأىّ مقدار من الخيوط اشتملت وهكذا و هكذا .

و هذا القسم من التبّع خارج عن محل الكلام لعدم كونه تبعا بل من الأجزاء و كلامنا فى التبع الذى يكون خارجا عن المبيع و اطلاق التبع عليه مسامحة واضحة ومن هنا ظهر ما فى كلام العلامة فى التذكرة من اطلاق التابع على أسّ الحيطان .

الثانى : أن يكون التابع أمرا مستقلا وراء المبيع و هذا لا يدخل فى المبيع الاّ بالاشتراط أو كونه جزء من المبيع من الاول بحيث يقع البيع عليهما معا والاّ فيكون خارجا عنه من غير أن يرتبط به أصلا .

نعم قد يكون داخلا فى المبيع بحسب الارتكاز من غير أن يكون أمرا آخر مستقلا بل يكون مغفولا عنه فى نظر المتبايعين كما اذا باع دجاجا فباض بعد البيع فانه يكون للمشترى بحسب الارتكاز أو اشترى اجمة فظهر فيها سمك أو سمكين أو اشترى حيوانا فظهر كونه حاملا الى غير ذلك من الامثلة فان الارتكاز فى جميع ذلك موجود على كون الامر الخارج داخلا فى المبيع و من هذا القبيل الجل للفرس و لكنّه داخل فى صورة الاشتراط أيضا و على الجملة لا يدخل الامر الخارجى المستقل فى المبيع الاّ بالاشتراط أو بوقوع البيع عليه من الاول بحيث يكون المبيع أمرا مركبا .

و عليه فلاوجه للتفصيل بين التابع العرفى و غير العرفى بان يقال أن التابع قد يكون أمرا عرفيا فيكون داخلا فى المبيع فلا تضر الجهالة فيه و قد يكون أمرا غير عرفىّ فلايدخل فى المبيع فانه لاوجه لهذا التفصيل بعد

التفصيل المتقدم من ان انضمام المعلوم بالمجهول أن كان من قبيل كون المجهول تابعا فيصح والاّ فلا يصح فانه لا معنى لدخول شيء خارجي عن المبيع المجزى عنه بنظر العرف وكونه من التوابع العرفية بعد ما عرفت أنه لا بدّ من دخول الامر الخارجي اما من الاشتراط أو وقوع البيع عليه من الاول.

نعم يمكن أن يقال أن التابع قد يكون في الأمور العرفية أي فيما يعدّ في نظر العرف من شؤونات المتبوع كما هو واضح ،ولكنه لا يصلح تفصيلا في المسألة .

ومن هنا ظهر أنه لا وجه لما ذهب اليه شيخنا الاستاد والتظهره من الشهيد و المحقق الثاني وقواه من ان المراد من التابع هو ما يعد في العرف تابعا كمفتاح الدار وحمل نعجة والبيض الذى في جوف الدجاجة و اللبن في الضرع الدابة ونحو ذلك وأيضا ظهر مما ذكرنا من عدم دخول الامر الخارجي في المبيع الاّ بالاشتراط أو جعله جزء من المبيع من الاول .

على أنه لا وجه لما استظهره من المحقق القمي و صاحب الجواهر أن المراد من التابع هو التبعية في الجعل و التباني بمعنى أن المبيع و لو كان في الواقع هو المجهول ولكن للتخلّص عن الغرر يجعل تبعا للمعلوم كما في مورد التخلص عن الربا في البيع الخياري في كثير من المعاملات.

و ذلك لانه ليس الا كون الامر الخارجي داخل في المبيع بايقاع البيع عليه و على شيء آخر فلا يكون أيضا تفصيلا آخر في المسألة .

نعم قد يكون المعلوم متقدما في الذكر والمجهول متأخرا كقول البايع بعتك هذا الكيلو من الشكر مع هذا القند الموجود في الكس و قد يكون بالعكس اى يكون المعلوم متأخرا و المجهول متقدما ولكن هذا المقدار لا يكون وجها في التفصيل كما هو واضح .

و أما ماذكره العلامة فى التذكرة من أن التابع ماأخذ شرطافى المبيع فى مقابل ماجعل جزء منه فقد اختاره أيضا شيخنا الاستاذ بدعوى أن المجهول لوكان تابعا للمبيع أو جعل شرطا لا تضرّ جهالته لان ماوقع فى عقد المعاوضة مبيعا ليس مجهولا و ما هو مجهول لم يقع عليه العقد و لا يرد على هذا الوجه أن المبيع يكون ح مجهولا لعدم كون التابع معلوما فلا يعلم أن ما يقع من الثمن فى مقابل المعلوم هو أى مقدار و وجه عدم الورود أن الشروط لا تقابل بشىء من الثمن و انما هو فى مقابل المبيع فقط و فائدة الشروط انما هى تسلط المشروط له على الفسخ و هذا بخلاف ما كان المجهول هو جزء المبيع فان الجهالة تسرى الى الجزء الاخر أيضا فيكون مجموع المبيع مجهولا ٠

الكلام فى معنى التابع

و حاصل الكلام من الاول أنه وقع الكلام فى جواز بيع المجهول مع ضميمة المعلوم اليه و عدمه و فصّل العلامة بين ماكان المجهول تابعا فيجوز بيعه و بين ما اذا كان جزء مستقلا من المبيع فلايجوز و لهذا وقع الكلام فى معنى التابع٠

و قد يراد منه مايكون جزء من المبيع حقيقة ولكن يكون مغفولا عنه و غير دخيل فى مالية المبيع أصلا سواء كان ذلك الجزء بنفسه له مالية أو لم يكن و من القسم الجيد أو من القسم الردى و هذا كأساس الدار فانه دخيل فى مالية المبيع فان الدار بدون الأساس لا قوام لها بل قد يصرف المال فى نفس الأساس مايحاذى مايصرف فى نفس الدار ولكنه مغفول عنه فى

بيع الدار و غير ملحوظ فيه أصلا و من هذا القبيل قطن الجبة المرسومة فى السابق حيث يضعونه فى الجبة للحرارة و حفظ البرودة فان هذا القطن لم يلحظ فى بيع الجبة انه أى مقدار فالجهالة بمقداره لا تضرّ بالمبيع فان ما هو مورد للغرض منه هو وجود نفس القطن فيها بل ربما لا يكون الغرض متعلقا بوجود القطن ، بل يكون الغرض قائما بوجود شىء فيه ليحفظ الانسان بضمامته عن البرودة وان كان من غير القطن و أما أنه أى مقدار فليس موردا للغرض ، بل أنه أىّ شىء أيضا قد لا يكون موردا للغرض كما هو واضح ، و من هذا القبيل القطن الموضوع فى صدر الجبة أو الثوب الاخر ليمنعه الارخاء فانه قد يكون من الكرباس و قد يكون من غيره ،وقد يكون زائدا وقد يكون ناقصا فشىء منها لا يكون محطا للغرض و ان كان مقوّما للمالية .

و على هذا لا تكون جهالتها موجبة لبطلان البيع فانها لا تكون فى مقابل الثمن من شىء أصلا فكما لا تضرّ جهالته بالبيع ولا تمنع عن صحته و كك هو خارج عن ما نحن فيه من أى أقسام التابع فان المذكورات وامثالها من اجزاء المبيع لا من الامور الخارجة عنه حتى يقال انها داخلة بالتبع أم لا كما هو واضح .

الثانى من أقسام التابع التابع العرفى بأن لا يكون الشىء جزء من المبيع بل من الامور الخارجية ولكن العرف يحكم بحسب ارتكازهم بكون ذلك الامر الخارجى من تبعات المبيع بحيث لا يحتاج دخولها فى المبيع الى الذكر أصلا ،ولا أن جهالتها توجب بطلان البيع فانها امور خارجة عن المبيع ، بل غير ملحوظ فى نفسها و مغفول عنها و انما الغرض تعلق بأصل المبيع و مثل هذه الامور مع كونها من الأمور الخارجية لا تكون خارجة عن المبيع الاّ باشتراط عدمها والاّ فمجرّد عدم التعرض لها يكفى فى دخولها فى

المبيع كما لا يخفى ·

و هذه كدخول المسامير فى الجدران فى بيع الدار ويمكن أن يكون الكهربا والماء فى هذا الزمان من هذا القبيل بان يكون مجرد السكوت عنهما كافيا فى دخولها فى المبيع فالجهالة بأى شىء منها لا توجب بطلان المعاملة و غرريتها فانها مع كونها خارجة عن المبيع غير دخيلة فى مالية المبيع و مع كونها دخيلة فيها غير ملحوظة بنفسها و انما دخولها بالارتكاز فيكون داخلا فى التفصيل بين ما يكون التابع داخلا بالاشتراط أو بالجزائية الذى فصّل به العلامة (ره) فلا معنى للتفصيل بين أن يكون التابع أمرا عرفيا أو غير عرفى فان العرف ليس له أن يحكم بكون الشىء داخلا فى المبيع الاّ بالارتكاز المتقدم وقد عرفت أنه من أقسام الشرط وفى الحقيقة أن هذا ليس تفصيلا فى كون التابع المجهول موجبا للغرر وعدمه وتخصيصا لنهى النبى (ص) فى بيع الغرر بل هو خارج عن الغرر تخصصا كما لا يخفى ،فافهم ·

وقد عرفت مفصّلا أن الشىء لا يدخل فى المبيع الاّ بالاشتراط أو بالجزئية ،فالعرف بما هو عرف ليس له أن يدخل شيئا فى المبيع الاّ بالارتكاز المذكور الذى عرفت أنه من جملة الشروط ·

و أما التفصيل بين التابع و غير التابع و القول بان المجهول ان كان تابعا للمبيع فيصّح و الاّ فيبطل فان رجع الى الاشتراط فله معنى معقول و لكن ليس وجها آخر و تفصيلا وراء التفصيل بين الاشتراط و الجزئية الذى ذكره العلامة وان اراد المفصّل شيئا آخر فلا نعقل له معنى محصلا فانه لا يدخل شىء فى المبيع الاّ بأحد الوجهين من الاشتراط و الجزئية والاّ فيكون كوضع الحجر فى جنب الانسان و أما ماذكره المحقق القمى و

صاحب الجواهر من أن المجهول یکون تابعا فی مقام الجعل و التبانی فح لا یوجب غرریة المعاملة وهذا بخلاف ما لو کان التبع فی عالم الجعل و التبانی و فی مقام الانشاء هو المعلوم وکان المبیع أی المتبوع هوالمجهول فانه ح تکون المعاملة غرریة و باطلة.

و فیه ان کان المراد من ذلك هو التقدیم و التأخیر فی الذکرفله وجه و لکنه لا یوجب مجرد التقدیم و التأخیر فی الذکر التفصیل بأن یکون أنه ان قال البایع بعتك هذه الدار المعلومة و ما فی الکیس الذی هو مجهول یصحّ البیع و لو انعکس بطل.

و ان کان المراد من ذلك هو الاشتراط و الجزئیة بان یکون المراد منه أنه لو کان المجهول داخلا فی المبیع بعنوان الاشتراط صح البیع و ان کان بعنوان الجزئیة بطل فله معنی معقول و لکنه لیس تفصیلا آخر فی المسألة وراء ماذکره العلامة (ره) من التفصیل بین الجزئیة والشرطیة.

و ان کان المراد من هذا التفصیل غیر ماذکرناه فلا نعقل له معنی صحیحا لیرجع الی محصّل.

و أما ماذکره المصنف من احتمال أن یکون مرادهم التابع بحسب القصد من المتبایعین وهو ما یکون المقصود من البیع غیر المجهول.

فان کان المراد من القصد هو الغرض الشخصی بأن کان غرض المشتری هو الشیء المعلوم و ان کان قیمة المجهول اضعاف قیمة المعلوم ، و لکن غرضه لم یتعلق الاّ بالمعلوم فمن الواضح أن الاغراض الشخصیة لا توجب رفع الغرر عن المعاملة کما تقدم فی البحث عن بیع الغرر فان الغرر انما هو یتحقق فی المعاملات بحسب النوع و ان کان البیع فی اعتقاد المشتری غیر غرری مثلا لو اشتری صبرة مجهولة من الحنطة و لم یکن مورد غرضه الا حقّة

واحدة فلا يوجب ذلك ارتفاع الغرر عن المعاملة بحسب الغرض النوعى و هكذا لو اشترى أجمة ولم يكن غرضة الاّ القصب مع كونها مشتملة على الاسماك الكثيرة فانه لا شبهة فى كونه المعاملة غررية بحسب الغرض النوعى وان كان غرض المشترى حاصلا و هكذا و هكذا.

وعلى الجملة فالاغراض الشخصية غير دخيلة فى رفع الغرر و ان كان أصل قوام الغرر وتحققه شخصيا أى قائما باحتمال الخطر الذى هو أمر شخصى.

و ان كان المراد من القصد و الغرض هو الغرض النوعى وعليه فان كان المقصود الذى جعل تابعا من القلة بمكان لا يعتنيه العرف فى مقابل المقصود بحيث لا يكون دخيلا فى زيادة المالية للمبيع أصلا فلا شبهة فى صحة البيع و هذا كما اذا اشترى آجاما وكان هو المقصود من البيع وكانت الاجمة مشتملة على السمكة أو سمكتين فان الجهل بهذا لا يضر بصحة البيع فلا يوجب كون المعاملة غررية فان العادة قاضية بأن الاجمة لا تخلو من سمك عادة ومن هذا القبيل بيع الدجاج ثم باضت فان الجهل بوجود البيض فيه لا يضرّ بصحة بيع الدجاج لعدم كون السمك فى المثال الاول ووجود البيض فى المثال الثانى غير مقصود وغير دخيل فى مالية المبيع و ان كان كل من السمك والبيض يباعان مستقلا ويتساويان بالمال و لعل من هذا القبيل ما تقدم من التابع العرفى بل هذا النحو من غير مقصود داخل فى المبيع بالارتكاز كما تقدم فليس وراء الاشتراط شىء آخر وان كان غير المقصود كثيرا فى نفسه بحيث يكون بنفسه موردا للغرض و محطّا للمقصود بل قد يكون قيمة غير المقصود مساويا مع قيمة المقصود أوأكثر منها ،ففى هذه الصورة و ان لم تكن المعاملة غررية بالنسبة الى المشترى لكون المقصود بمقدار يساوى

القيمة المذكورة و الثمن الذى يعطى للبايع وانما يكون غير المقصود له مجانا و لكن المعاملة غررية بالنسبة الى البايع فانه عامل معاملة لا يعلم أن ماخرج من كيسه أى مقدار و أن الثمن يساوى بأى مقدار من المثمن فتبطل للغرر كما هو واضح ،فان هذه المعاملة من اوضح أفراد المعاملة الغررية

على انه لا يدخل فى المبيع الاّ باحد الوجهين المتقدمين من الجزئية أو الشرطية و الا فيكون أجنبيا عن العقد، بل يكون كوضع الحجر فى جنب الانسان و ح فلايكون تفصيلا آخر غير ماذكره العلامة من التفصيل بين أن يكون التابع جزء أو شرطا اذا فانحصر الكلام بما ذكره العلامة من التفصيل بين كون التابع المجهول جزء فيبطل البيع و بين كونه شرطا فلايبطل وأما الوجوه الاخر فليست قابلة للتكلم عليها بوجه ،وقد ذكر هذا الوجه العلامة (ره) أورد عليه المحقق الثانى بأن العبارة لا أثر لها فعلى كل حال فالمعاملة ان كانت غررية فتبطل والاّ فلا تبطل.

و قوىّ هذا الوجه شيخنا الاستاذ وفرّق بين الجزء والشرط بان الثمن يقسّط على الجزء و لكن لا يقسّط على الشروط.

أقول : الظاهر انه لا يمكن تصديق هذا التفصيل على وجه الاطلاق فان لازم ذلك أنه اذا قال بعتك هذا الكيلو من السكر بعشرة دنانير بشرط أن يكون ما فى الكيس لك فلا يعلم أن ما فى الكيس درهم أو دينار أقل أو أكثر ،فهذا من أوضح أفراد المعاملة الغررية فان المعاملة فى نظر العرف يلاحظ مع جميع شروطها وان لم يكن للشروط قسط من الثمن ، فلو عامل أحد هكذا بان باع داره التى تسوى بألف دينار بدينار بشرط أن يكون ما فى الصندوق أيضا للبايع، فلايعلم أن فيه أى مقدار من الفلس فلا يشك أحد فى كون مثل هذه المعاملة غرريّة جدا .

و التحقيق ان يفصل فى المقام بأن مدرك الحكم ببطلان البيع الغررى ان هو دليل نفى الغرر ، فلاشبهة فى كون مثل هذه المعاملة غررية كما عرفت ولكن عرفت المناقشة فيه من حيث السند والدلالة وان كان المدرك في المقام هو الاجماع بان يقال انه قام الاجماع على كون الجهالة مبطلة للمعاملة فمن الواضح أنه دليل لبى فيقتصر على المورد المتيقن و هوما اذا كانت الجهالة فى المبيع لا فى الشروط الا أن يكون لاحد قطع على شموله للشروط أيضا ونحن لا نقطع بذلك .

و توهم ان الشرط يوجب رفع الغرر مع خيار تخلّف الشرط كما تقدم فاسد فان هذا الشرط النتيجة فلا خيار فيه فان قول البايع بعتك الشيء الفلانى بكذا بشرط ان يكون ما فى الكيس لك اشتراط كون ما فى الكيس له قليلا كان أو كثيرا ويتحقق ذلك بمجرد تحقق البيع فلا تخلّف فيه حتى يوجب ثبوت الخيار .

الكلام فى الاندار

قوله : مسألة يجوز أن ينظر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة والنقيصة على المشهور .

أقول : بل ادعى عليه الاجماع وعن الفخر الدين التصريح بدعوى الاجماع وقد ذكرت أقوال فى تفصيل :ــ

الاول : جواز الاندار بشرطين كون المندر متعارف الاندار عند التجارة وعدم العلم بزيادة ما يندر .

الثانى : عطف النقيصة على الزيادة فى اعتبار عدم العلم بها .

الثالث : اعتبار العادة مطلقا ولو علم الزيادة أو النقيصة .

الرابع: التفصيل بین مایحتمل الزیادة فیجوز مطلقا و ما علم الزیادة فالجواز بشرط التراضی.

الخامس: عطف العلم بالنقیصة علی الزیادة

السادس: اناطة الحکم بالغرر.

و لکن النفی و الاثبات فیها لا یرد علی مورد واحد تحقیق الکلام هنا فی جهتین :—

الاولی : فی تحقق الاندار فی مقام الاعطاء و القبض والاقباض بعد الفراغ عن صحة البیع.

و الثانیة :فی کون الاندار فی مقام البیع و مرحلة انشاء المعاملة وتصحّ البیع بحیث یکون سالما عن الغرر.

أما الجهة الاولی :فلاشبهة فی صحة البیع وعدم کون المعاملة غرریة فانها تحققت صحیحة فالاندار فی مقام الاقباض لا یوجب قلب المعاملة عن صحتها الی غیرها وح یجوز الاندار مع التراضی فی مقام الاعطاء ولو بمقدار اکثر من الظرف فان المتاع مال للبایع فهو مسلّط علی ماله فله أن یبذل مقدار منه أو جمیعه ،فقول شیخنا الاستاذ أن الاندار یوجب جهالة المبیع ولو بعد تحقق البیع صحیحا لا یمکن المساعدة علیه و ماذکره کاشف الغطا (ره) من کون الاندار موجبا للغرر فیکون البیع الذی وقع فیه الاندار باطلا فی غیر هذه الصورة کما سیأتی وان لم یتراضیا بالاندار فایضا لا وجه لبطلان البیع، بل یحکم بصحته اذا کان المبیع مما تعارف الاندار فیه کما بیع الادهان و الدبس و النفت و الاثمار و الارز وغیرها فان کثیرا من الاشیاء قد جرت العادة بالاندار فیه بعد البیع فان رضی المالك به فلا کلام فیه کما تقدم ،وان لم یرض به المالك فبالشرط الضمنی العقدی نجبره علی

الاندار فان جريان العادة بذلك فى حكم الاشتراط فى ضمن العقد صريحا فح يجوز الاندار فلايضرّ بصحة المعاملة أيضا ٠

وان لم يرض البايع بالاندار ولم يكن المبيع من الاشياء التى تعارف فيها الاندار ليكون جوازه ثابتا بالشرط الضمنى فنأخذ القدر المتيقن ونجرى البرائة من المقدار الزائد عنه وباستصحاب عدم زيادة عن المقدار المتيقن كما هو واضح و نظير ذلك ما اذا مات البايع و المشترى بعد المعاملة و وقع النزاع فى مقدار العوضين فانه ح يؤخذ القدر المتيقن و تمسك فى الباقى باصالة عدم زيادة المبيع عن المقدار المتيقن وبرائة الذمة من القدر الزائد منه ٠

فتحصل أن هذه الصورة خارجة عن مورد النقض ولا برام و عن محل الاقوال المذكورة كما هو واضح ٠

الجهة الثانية : أن يكون الاندار حين البيع بحيث يقع البيع على المندر بأن يقول بعتك هذا الدهن غير ظرفه مع كون الظرف و الدهن مجموعهما معلوما و لكن كل واحد منهما لم يكن معلوما و هكذا لو قال بعتك الشيء الفلانى و هو مع ظرفه عشرة حقق الظاهر أنه لا شبهة فى بطلان البيع فى هذه الصورة لكونه من أظهر أفراد الغرر اذ لا يعلم أنّ مقدار المبيع أى قدر وزونه فهل يحتمل أن الشيء اذا كان مجهولا لا يجوز بيعه مستقلا و لكن يجوز بيعه مع ضمّه الى شيء آخر ليكون مقدار المجموع معلوما فهذا مثل اشترى الانسان عشر كيلوات من الشكر و أخذ جملة منها و باع الباقى فان معلومية المجموع لا يوجب صحّة بيع البقية المجهولة كما هو واضح، و لا يفرق فى ذلك بين كون المتبايعين راضيا بالاندار أم لا ،فان رضاهما لا يوجب صحة البيع الفنهى عنه شرعا فهو نظير رضاهما ببيع الخمر و الخنزير

و القمار فنهی الشارع عن معاملة غیر تابع برضی المتبایعین وماذکرها الاصحاب و کاشف الغطا (ره) من عدم کون رضی المتبایعین موجبا لرفع الغرر فمورده هذه الصورة وقد اتضح النفی والاثبات فی کلمات کثیر من الاصحاب لو لم یکن کلّهم لم یرد علی مورد واحد ومن هنا اتضح أیضا مورد الروایات أیضا کما یتضح لمن یلاحظها و علم أن الروایات انما وردت علی طبق القواعد لا علی خلافها .

فتوهم أنها واردة فی نفس البیع فیصّح مع التراضی علی خلاف القاعدة فاسدة عن حنان فی الموثق(۱) قال :کنت جالسا عند ابی عبدالله (ع) فقال له معمّر الزیات قال لابی عبدالله (ع) انا نشتری الزیت فی زقاقة فیحسب لنا النقصان لمکان الزقاق فقال له ان کان یزید و ینقص فلا باس وان کان یزید ولا ینقص فلا تقربه و قد استظهر المصنف منها کون المفروض فی السؤال هو التراضی لأن الحاسب هو البایع أو وکیله و هما مختاران و المحسوب له هو المشتری .

أقول : معنی الروایة والله العالم ان السؤال انما وقع عن الاندار بعد تحقق البیع و الّشری ، فقال الامام(ع) انه ان کان ما یندر یحتمل الزیادة و النقیصة فلابأس به یعنی أنه یحتمل فهو موافق للعادة الجاریة علیه فی السوق و الخانات حیث یشترون الامتعة من الاثمار والالبان و یندرون لظروفها مقدارا یحتمل الزیادة و النقیصة فحیث أنه موفق للعادة وللسیرة الجاریة علی ذلک قال الامام(ع) فلاباس به أن یکون زائدا عن مقدار الظرف و یحتمل أن یکون ناقصا عنه أو زائدا و أما اذا تعین کون الاندار زائدا

(۱) وسائل : ج ۱۲ ص ۲۷۳ حد ۴

عن الظرف و لم يحتمل الزيادة فهو حرام لانه تصرف فی مال الغير بدون اذنه ،فلذا نهی عنه الامام (ع) فقال لا تقربه فهذه الرواية راجعة الی بيان حكم الاندار بعد المعاملة لا فی بيان حال الاندار عند البيع و ضمير لا تقربه يرجع الی الاندار لا الی البيع كما هو واضح فتدل علی عدم الجواز فی صورة الزيادة مطلقا رضی به البايع أم لا ٠

و دعوی ظهور الرواية فی صورة التراضی من جهة أن المحاسب أما البايع أو وكيله و علی كل حال فهما راضی بذلك دعوی فاسدة فان العادة جارية حتی الان علی كون المحاسب غير البايع ووكيله كما نشاهد فی السوق و الخانات أن اهل البادية يجلبون الاثمار من الرقی و البرتقال و الرمان وغيرها او الالبان و غيرها من الامتعة و يقفون فی الخارج وينظرون الی امتعتهم فيوزن شخص واحد و يحاسب شخص آخر من صاحب الخان أو الدلال فيعطون قيمة امتعته علی حسب انصافهم أقل أو أكثر ، ففی هذا المقام نهی الامام(ع) عن الاندار بالزيادة بحيث لا يحتمل النقيصة أو التساوی فقوله(ع) ان كان زائدا فلا تقربه ليس معناه أنه اذا احتمل الزيادة دون النقيصة مقابل احتمال الزيادة و النقيصة فانه خلاف الظاهر من الرواية نعم لورضی البايع بالزيادة كما هو المتعارف فعلا فلا باس به علی القاعدة حيث يوزنون الاثمار فی الخانات من الرقی و غيره وبعد تمام العيار يأخذون الواحد أو الاثنين يعطونه للمشتری فانه لا باس به لجريان العادة عليه و رضی البايع بذلك و تدل علی الجواز مع التراضی الروايتان الاخيرتان فتكونان مقيدتين لرواية معمّر الزيات فعلم مما ذكرناه انهما أيضا وردتا علی طبق القاعدة فان التصرف فی مال الغير مع رضی منه جائز ٠

أحدهما رواية (۱) علی بن ابی حمزة و الثانية رواية (۲) قرب الاسناد

(۱) وسائل :ج ۱۲ ص ۲۷۲ باب ۲۰ حد ۱
(۲) وسائل :ج ۱۲ ص ۲۷۳ حد ۳

التان نقلهما المصنف .

ثم انه اذا انكشف الخلاف اما بالزيادة أو بالنقيصة فيكون داخلاتحت المسألةالمتقدمة وهى اذا باع صبرة على انها عشرة ارطال فبانت زائدة أو ناقصة فقد تقدم ان مقتضى القاعدة هو الانحلال فيصح فى الموجود ويبطل فى الناقص .

ومع الزيادة يرد الى البايع ان لم يرض بالبيع والاّ فيكون من المبيع على الحساب الذى بنوا عليه من كل رطل بكذا .

وقد عرفت أن الكلام فيه فى مقامين :ـ

الاول :فى مقام تصحيح البيع لئلاّ يكون بيع مجهول .

والثانى :فى مقام التسليم .

أما الاول :فلو اخرج مقدارا بعنوان الاندار لتصحيح البيع ثم ظهر الخلاف فيكون من مصاديق ماتقدم من انه لو باع صبرة ثم ظهر الخلاف بالزيادة أو النقيصة فهل يثبت الخيار لكل من البايع و المشترى أم لا ،و قد عرفت هناك أن ثبوت الخيار متوقف على كون الهيئة الاجتماعية دخيلة فى ازدياد المالية والا فينحل البيع الى الاجزاء فيصح فى الموجود و يبطل فى المعدوم .

و اماالاندار فى مقام التسليم فلو أندروا للظرف مقدارا ثم ظهر الخلاف فلاخيار فى شىء من الصور التى ذكرناها سابقا من التراضى أو الشرط الضمن العقدى أو الاخذ بالمتيقن ونفى الزائد بالأصل .

أما فى صورة التراضى فلو رضيا باندار مقدار للظرف ثم ظهر الخلاف فبالمقدار المندر فلاشبهة فى صحة المعاملة ولزومها وأن خارج عن المقام لفرض رضى المالك بذلك ويكون الزائد على مقدار الظرف أو الناقص عنه

هبة من مالك المثمن أو مالك الثمن وأما مع عدم التراضي بالنسبة الى الزائد منه أو الناقص فيرجع من له الحق الى الاخر و مع عدم الزيادة والنقيصة فلا فاما من ليس لاحدهما حق على الاخر أصلا فله خيار و من له حق للاخر فيرجع الى حقه من دون خيار و هكذا الكلام في الشرط الضمني أيضا فان العادة جارية باندار مقدار من المبيع للظرف فهو مما لا بد منه ومع الزيادة من المقدار المتعارف أو النقيصة منه يرجع ذو الحق الى الاخر وأما الزائد و الناقص في نفس المقدار المتعارف فيرجع الى الهبة كما عرفت في الصورة الاولى وأما فيما اذا أخذ المبيع القدر المتيقن ثم ظهر الخلاف فأيضا يرجع كل منهما الى غيره ولا يجوز لمن عنده الزائد أن لا يرده الى صاحبه، بل وجب عليه رده الى صاحبه فتحصّل أن في شيء من هذه الصور ليس لواحد من المشتري أو البايع خيار نعم لو منع البايع عن رد الناقص فثبت له حكمه بل اما يصح البيع بلا شيء أو يصح مع رد الزائد أو الناقص من المقدار المندر.

الكلام في بيع الظرف مع مظروفه

قوله: يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه وان لم يعلم الا بوزن المجموع

أقول: حاصل ما ذكره المصنف هو ان الظاهر انه لا خلاف بين أصحابنا أنه يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون و ان لم يعلم بوزن المجموع و قال ان الذي يقتضيه النظر أن يجوز بيعه فيما نحن فيه منفردا عن الظرف حتى مع الجهالة أيضا فهذا يجوز بيعه منضما أيضا فان الانضمام ليس بمانع و لا رافع للشرط و أما لو لم يكف في بيع أحد المنضمين معرفة وزن المجموع فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصي و مثل عليه بانه لو باع سبيكة من ذهب

مردّد بين مائة مثقال و الف مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنها الفى مثقال فان الاقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحقه لاجله اللوم من العقلاء وأما مع انتفاء الغرر الشخصى وانحصار المانع بالنص والاجماع الدال على اعتبار الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون و بطلان بيع المجهول فيهما فالقطع بالجواز فان مفاد النص و الاجماع هو معرفة مقدار المبيع من حيث المجموع و أما معرفته بكل جزء جزء فلا دليل عليهما ثم قال و لو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفردا مع معرفة وزن المجموع دون الاخر كما لو فرضنا بيع الفضة بالشمع عند الصياغة كالخلخال مثلا وعدم جواز بيع الشمع كك فان فرضنا الشمع تابعا يجوز البيع ولا تضر جهالة الشمع و الّا فلا .

و التحقيق أن يقال أن المبيع تارة يكون من الموزون ظرفا و مظروفا مع الجهل بمقدارهما وأخرى يكون المظروف من الموزون و الظرف من غيره فعلى الاول فلا يجوز البيع أصلا سواء كان غرريا أم لا لما عرفت سابقا من اعتبار الكيل فى المكيل و اعتبار الوزن فى الموزون . بل قلنا أن بيع الموزون بلا وزن باطل وان لم يكن فيه غرر و مثلنا لذلك بانه لو جعل مقدار من الحنطة فى احد طرفى الميزان و مقدارا من الارز فى الطرف الآخر فتبادلا مع كونها على قيمة واحدة فانه يبطل هذا البيع لا لكونه غرريا ، بل لاعتبار الوزن فيه حتى مع عدم الغرر وأما اذا لم يكن الظرف من الموزون مع العلم بمقدار المظروف فهذا على نحوين :-

الاول : أن يبيع المظروف و الظرف مجموعا على عشرة دنانير مثلا انه يقول البايع بعتك مجموع خمسة ارطال من الحنطة الموجودة فى هذا الظرف مع ظرفه على عشرة دنانير بحيث لا يعلم أن ما يقع فى مقابل الظرف أى مقدار

من الثمن و ماوقع في مقابل المثمن أيّ مقدار منه فهنا لا شبهة في صحته فان المانع عن صحة البيع هو الغرر والمفروض انه منفي و كذا المانع الاخر و هو عدم وزن المظروف مع كونه من الموزون و الظرف انه موزون أيضا غاية الامر لا يعلم أن ما في مقابل المظروف أيّ مقدار من الثمن و ما في مقابل الظرف أيّ مقدار منه فهذا غير لازم بعد عدم الغرر كما لا يخفى .

الثاني :أن يبيع مجموع الظرف و المظروف بخمسة عشرة ليكون على الظرف خمسة و على المظروف عشرة على حساب كل رطل بدينارين مع كون المظروف خمسة ارطال فانه يكون ثمن كل واحد من الظرف و المظروف معيّناً فهذا أيضا لا شبهة في صحته فان انضمام الظرف بالمظروف هنا كانضمام شيء اجنبي بالمبيع ككتاب الرسائل فلا يلزم منه محذور كما عرفته في الشق الاول و تظهر الثمرة بين الصورتين أن في الاولى مع ظهور شيء من المظروف أو الظرف مستحقا للغير فلابدّ من ارجاع المجموع من الظرف و المظروف الى العرف حتى يقوم المجموع ثم يقوم كل واحدة منهما و الرجوع الى التفاوت بالنسبة و هذا بخلافه في الصورة الثانية فان قيمة كل من الظرف والمظروف معينة في نفسه .

الثالث: أن يكون الظرف و المظروف من الموزون و كان مقدار كل منهما مجهولا مع كون المجموع معلوما كما اذا فرضنا أن الظرف سبيكة من الفضة و المظروف سبيكة من الذهب و نعلم أن هنا مائة مثقال من الذهب و الف مثقال من الفضة و نشك أن تسعة مائة مثقال أهي من الفضة أم من الذهب مع العلم بكون المجموع الفين مثقال فذهب بعضهم الى فساد البيع لكونه غرريا وبيع جزاف اذ لا يعلم أن تسعة مائة مثقال ذهب أم فضّة فاي خطر

اعظم من ذلك.

و لكن الظاهر هو صحة البيع فى هذا القسم و بيان ذلك أن مورد كلامنا اعنى كون البيع غرريا انما هو فيما يكون الجهل بوجود المبيع و لا يدرى المتبايعان انه موجود أم لا أو فيما يكون الجهل باوصاف المبيع التى دخيلة فى المالية وأما الجهل بالقيمة فغير مربوط بالغرر وانما هو من موارد خيار الغبن فلو باع مثقالا من الذهب بدينار أو اشتراه أحد بثلاثة دنانير فانه يثبت لهما خيار الغبن بعد معرفة القيمة ولم يتوهم أحد هنا فساد المعاملة لكونه غرريا وكذلك لو اقدم على الغبن مع العلم فانه يحكم بالصحة أيضا و فى المقام أن مائة مثقال من الذهب و الف مثقال من فضة معلوم و التسعة مائة مجهول أنه ذهب أو فضّة فلو باع كل مثقال من الذهب بدينارين وكل مثقال من الفضّة بدرهم وان لم يعلم مقدار الذهب أو مقدار الفضة منفردا منفردا فلاوجه لبطلان البيع فانه من مصاديق بيع الصبرة و قد عرفت صحة بيعها مجموعا بعنوان كل رطل بكذا فان انضمامها الى ما يعلم بمقدار المجموع لا يوجب البطلان و على هذا فاذا باع مجموع الفين مثقال كل مثقال بدرهم مع العلم بالغبن والاقدام عليه فلاوجه لبطلان المعاملة و بالجملة أن الغبن فى المعاملة غير الغرر فيها فلو اقدم المتعاملان على الغبن أو انجبر الغبن بالخيار فلاوجه للحكم بالبطلان للغرر كما لا يخفى.

و على الاجمال أن كل من الظرف و المظروف وان كانا من الموزونين و لم يعلم بمقدار كل منهما على التفصيل ولكن ذلك مثل بيع الصبرة كل رطل بكذا فيجوز للبايع ان يبيع ذلك المجموع المركب بأن كل مثقال من الذهب بدينارين و كل مثقال من الفضة بدرهم و صحة البيع فى مثل ذلك لا يستلزم العلم بمقدار الصبرة أصلا وكذلك يصحّ بيع مجموع الذهب والفضة على حساب كل

مثقال بدرهم مع الاقدام على الغبن فلاوجه للحكم بالبطلان للغرر فان مورد الغبن غير موارد الغرر كما عرفت.

وعلى كل حال فلو كان الظرف والمظروف كليهما من الموزون ولم يعلم مقدار كل واحد منهما على التعيين ولكن علم مقدار المجموع من حيث المجموع فيصح بيعه على حساب كل رطل بكذا وكذا يصح بيع مجموعها بقيمة الذهب أو بقيمة الفضة مع الاقدام بالغبن فان الغبن غير الغرركماعرفت.

الكلام في استحباب التفقه في الدين

قوله (ره) : مسألة : المعروف بين لاصحاب تبعا لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغي استحباب التفقه في مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات ليعرف صحيح العقد من فاسده و يسلم من الربا.

أقول : قد وقع الاشكال في هذا التعبير أي بالاستحباب مع أن تعلم الاحكام من الواجبات للايات والروايات الكثيرة منها آية (١) النفر و توضيح المسألة أنه قد يجب تعلم الاحكام الشرعية صونا لها عن الاندراس و هذا لا تختص بأحد دون أحد بل هو جار في حق كل أحد و يجب عليهم كفاية كما هو مقتضى التعبير بمن في قوله تعالى فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة الخ ، وهذا القسم من التعليم كما لا يختص بشخص دون شخص ، بل يجب على كل شخص ولكن كفاية بحيث لو تعلم من به الكفاية لسقط عن الباقين كماعرفت من الاية وكذلك لا تختص بحكم دون حكم ، بل يجب تعلم جميع

(١) التوبة : آية ١٢١

الاحکام لکی لا تندرس بل تبقی حسب طول الزمان حتی المسائل التی لا یبتلیها کمسائل الحیض و النفاس و الحدود و نحوها ثم أن التعلم فی هذا القسم لابد وأن یکون عن اجتهاد واستنباط فان بقائها انما کذلک فهذا قسم من وجوب التعلم علی الاجتهاد بعنوان الکفایة فلوترکوه لعوقب الجمیع.

وقد یجب التعلم لاجل العمل بها فان ترکه موجب لتفویت الواقع وهذا انما یکون فی المسائل التی یبتلیها المکلف عادة ولا یجری فی غیرها فهذا انما یجب عینا لکل أحد ولا یلزم أن یکون ذلک بحسب الاجتهاد، بل یجوز ان یکون به وبالتقلید أیضا وکل من ترک التعلم فی تلک المسائل حتی وقع فی الحرام الواقعی یعاقب علیه فهل العقاب علی ترک الحکم الواقعی ، أو علی نفس ترک التعلم نزاع بین الاردبیلی و المشهور حیث قال المشهور یکون العقاب لترک الواقع وذهب المحقق الاردبیلی الی کونه لنفس ترک التعلم و تفصیل الکلام فی علم الاصول ،وهذا أیضا قسم من تعلم الاحکام فلایجب الا فیما یطمئن ان یبتلی به و أما فی غیره فلا .

وقد یجب هذا عقلا ونقلا أما النقل فالروایات الکثیرة الدالة علی وجوب تعلم الاحکام مثل أن یقال للرجل یوم القیامة لماذا عملت فیقول ما علمت و یقال لماذا علمت وأما العقل فلدفع الضرر المحتمل ففی کل واقعة یجب أن یتعلم من حکمها معاملة کانت أو غیرها لذلک و مع الترک والوقوع فی الحرام الواقعی فیعاقب کما اذا ارتکب بالبیع الربوی و تزید المعاملات علی غیرها بعدم جواز التصرف فی شیء من الثمن والمثمن لاحتمال فساد المعاملة أما المثمن فلاستصحاب بقائه فی ملک مالکه مع ذلک الاحتمال فلایجوز التصرف فیه الا مع العلم بالناقل وأما الثمن فلاحتمال انتقاله الی البایع فلا یجری

هنا استصحاب عدم انتقاله الى البايع لعدم جريانه قبل الفحص و هذا بخلافه في المثمن فانه لا مانع من جريانه لكونه موافقا للاحتياط فيجرى قبل الفحص .

وعلى الاجمال لا يجوز ترك التعلم فى المسائل التى يطمئن بابتلائه بها لاحتمال الغرر الموجب لوجوب التعلم ولا يجوز التصرف فى الثمن و المثمن فى المعاملات لما ذكرناه .

و هنا قسم ثالث وهو أن يحتمل الانسان أن يبتلى بمسائل فى طول عمره فهذا يستحب تعليمه لأدلة الاحتياط كما اذا كان أحد يتجر بالقند و الشكر فانه لا يبتلى عادة بمعاملة الحيوان و مع ذلك يحتمل ابتلائه بذلك و هكذا مسائل الزكاة و نحوها فان التاجر فى هذا الزمان لا يبتلى عادة بالزكاة ومع ذلك يحتمل ابتلائه بها فيستحب تعلمه و كذلك لا يحتمل الانسان عادة أن يبتلى بالذهاب الى الخارج ومع ذلك يستحب أن يتعلم احكامه من حكم القبلة و الطهارة والنجاسة والمعاملة معهم لاحتمال ابتلائه به أو لتعليم الناس وهكذا وهكذا ولكن لا يجب ذلك لانه يطمئن بعدم الابتلا كما لا يجب للرجل معرفة احكام المرئة ولا يجب للمرئة معرفة أحكام الرجل من صلاته وصومه ولبسه و غيرها واذا ابتلى احد بما كان مطمئنا بعدم ابتلائه ووقع فى الحرام الواقعى لا يعاقب على ترك التعلم فان اطمينانه بعدم الابتلاء حجة له عند اللّه وبه يكون معذورا فى الوقوع على الحرام كما هو واضح فمراد الفقهاء من حكمهم باستحباب تعلّم مسائل الحلال ، و الحرام ،هو هذا القسم كما مسلنا ،بمثل معرفة مسائل خيار الحيوان و مسائل الزكاة .

ثم انه ربما يتوهم التعارض بين ما دل على تعلم الاحكام وبين ما دل

على مطلوبية الاكتساب فان ما دل على استحباب الاكتساب أعم من أهل العلم وغيره وجمع بينهما صاحب الحدائق بالالتزام بأن أهل العلم خارج عن تحت تلك الاخبار الدالة على مطلوبية الاكتساب ولكنه واضح الدفع لعدم تماميته ثبوتا واثباتا أما ثبوتا فلانه كثيرا لا ينافي الكسب لطلب العلم كما اذا عرف كسبا يصرف وقته فيه قليلا ولكن يربح كثيرا فان مثل هذا كيف يقال فی حقه انه ليس فی حقه طلب الكسب وأما ابتلاء فان الناظر فی تلك الاخبار الدالة على مطلوبية الاكتساب يرى أنها أعم فلا وجه لاخراج أهل العلم عن تحتها لعدم الدليل عليه على أنه قد لا يكون الكسب مزاحما لتحصيل العلم كما اذا كان له خط جيّد فيكتب سطرا و يبعه بدينار فان مثل ذلك لا يزاحم تحصيله بل يستحق بذلك التفصلتين وفاض باجر تحصيل العلم و تحصيل الكسب فای شیء اعظم من ذلك كما عرفت فلا وجه لرأی الحدائق ثبوتا واثباتا فان الكاسب حبيب اللّه و ان كان طالبا للعلم.

و بعبارة أخرى قد دلّت الروايات الكثيرة على استحباب طلب العلم و جملة اخرى من الروايات على استحباب طلب الكسب.

و ربما توهم التعارض بينهما وجمع بينهما صاحب الحدائق لا بتخصيص ما دل على استحباب الكسب بما دل على استحباب تحصيل العلم و كون الاخبار الدالة على استحباب الكسب مختصا بغير أهل العلم و أيد ذلك بجملة من الاخبار الدالة على حسن التوكل وأن أهل العلم لابد و ان يتوكل على اللّه تعالى فی اموره و يطلب من اللّه تعالى رزقه و أيضا أيده بكلام الشهيد فی المنية و لكن الظاهر أنه لا دلالة فی شیء من المذكورات على مقصد الحدائق كما افاده المصنف فان حسن التوكل على اللّه لا يدل على الاعراض عن الكسب و ليس معناه أن الانسان يتوكل على اللّه و يقعد

فی بیته بل معناه أنه یجب لکل شخص أن یتوکل علی الله فی أموره بالخصوص أهل العلم فانهم قواد الذین بل کانت الائمة متوکلون علی الله و مع ذلك کانوا یشتغلون بالکسب و کان الأمیر علیه السلام أول من آمن بالله ومتوکلا علیه و مع ذلك موجر نفسه للیهودی ویشتغل بالزراعة و التجارة و فی مجموعة الورام أن الباقر(ع) کان یرجع من البستان و کان متکأ علی الغلامین فاعترضه أحد الصواف مالك قد خرجت فی هذه الحرارة لطلب الدنیا فقال علیه السلام لیس هذا طلبا للدنیا بل من العبادة ۰

و بالجملة لا اشعار فی شیء مما دل علی لزوم التوکل و حسنه علی ترك الکسب و الاشتغال بطلب العلم والاّ لجاز الاستدلال بها علی القعود عن الکسب و الحرکة والتوکل علی الله فان الله وان أمر بالتوکل و مع ذلك أبی أن یجری الامور الاّ باسبابها فلابدّ من الحرکت نحو الحاجة و التوکل علی الله فی جمیع الامور سواء کان فی طلب العلم أو فی طلب الکسب نعم هل العلم امتیاز خاص فی لزوم التوکل فانهم یقودون الناس الی اللّه فلابد وأن یکون ایکالهم الیه محضا ۰

علی أنك قدعرفت أن ماافاده صاحب الحدائق لیس بتمام ثبوتا واثباتا أما ثبوتا فلانه قد لا یزاحم الکسب تحصیل العلم أصلا ومع ذلك کیف یلتزم بعدم شمول ادلة استحباب الکسب فی حقه وقدعرفت مثاله ،و أما اثباتا فلعدم الدلیل علیه بوجه کما لا یخفی ۰

الکلام فی تزاحم الکسب وطلب العلم

و التحقیق أن یقال أنه لا معارضة بین أدلة استحباب طلب العلم و

بين أدلة استحباب طلب الكسب ، بل هما من قبيل المتزاحمين وبيان ذلك أنه قد يكون كل من طلب العلم وطلب الكسب مستحبا فى حقه كما اذا كان عارفا لمسائلة واحكام دينه بالمقدار المعتد به وبالمقدار الذى يبتليه عادة وكان أيضا من الحافظين للدين عن الاندراس موجودا من المجتهدين و كان عنده أيضا من المال ما يكفيه بمؤونته ومؤونة عياله الواجب النفقة فان مثل هذا الشخص يستحب له تحصيل العلم فى المسائل التى يحتمل ابتلائه بها أو يتعلم لتعليم الناس أو يتعلم ليدخل نفسه فى سلك المجتهدين الموجودين بمقدار الكفاية ففى مثل ذلك يكون المقام من باب تزاحم المستحبين فيكون كسائر المستحبات فان فى كل آن يبتلى الانسان بذلك كثيرا فالان يستحب لنا زيادة الامير عليه السلام وقضاء حوائج المؤمنين و اتيان النوافل وهكذا مع أنا لا تقدر على جميعها فله أن يترك جميعها و هكذا المقام وليس من مقام التعارض هنا شئ و لكن ليس لمن كان كل من الكسبين مستحبا الوقوع فى الحرج من جهة عدم القدرة على الامتثال حتى يتعين فى حقه احدهما فان هذا مختص بالحكمين الالزاميين وأما المستحبات فيجوز ترك جميعها أجمع أو اتيان أحدهما على حسب اختياره .

و لكن يقع الكلام هنا فى ترجيح أحدهما على الاخر فهذا يختلف فان كان ما يترتب على تحصيله من الفوائد من ترويج الدين واحياء شريعة سيّد المرسلين وارشاد العوام واهدائهم الى الدين أهم من الفوائد المترتبة على الكسب فيرجح طلب العلم على طلب الكسب كما اذا لم يترتب على كسبه الاّ اعانة فقير واحد أو توسعة عياله فقط أو زيارة أحد الائمة عليهم السلام .

و ان كان ما يترتب على كسبه أهم مما يترتب على طلب العلم ، فالأمر بالعكس كما اذا كان المترتب عليه تعمير المدارس و المساجد و المشاهد

و اتمامه الحوزة العلمية وتأمين معاش أهل العلم وقواد الدين و دفع الكرب عن فقراء الاسلام ،ولكن لا يترتب على طلبه العلم الاّ تعليم جاهل و احد مسألة واحدة بحيث لو لم يتعلمه ليتعلم من غيره ومع عدم وجود المرجح في البين يتخير في اختيار أيهما شاء بل له ذلك مع وجود المرجح لاحدهما أيضا فان الفرض أن كليهما مستحب كما لا يخفى غاية الامر مع ترك الاهم و اخذ المهم لزم ترك الاولى .

و قد يكون أحدهما مستحبا والاخر واجبا فح يجب أخذ الواجب لكونه معجزا عن المستحب كما اذا كان عارفا بمقدار ما يبتليه عادة من الاحكام و كان من حفاظ الدين من فيه الكفاية ولكن كان عنده من الاشخاص من يجب انفاقه فح يتعين الكسب في حقه و اذا كان الامر على العكس فيجب تحصيل العلم دون التكسب كما اذا كان الامر على العكس .

و قد يكون كل منهما واجبا كفائيا في حقه فله اختيار ايهما شاء مع عدم المرجح كالواجبتين التخيرية وان كان في أحدهما ترجيح ، فيختار ذو الترجيح وان كان مع كونهما واجبا في حقه كفاية قد قام بأحدهما شخص فيكون الاخر في حقه واجبا عينيا مع عدم قيام شخص آخر عليه .

وقد يكونان واجبين عينا فح يكون المقام من تزاحم الواجبين عينين فان كان احدهما أهم فيختاره على الاخر والا فيتخير في ذلك كسائر الواجبات التخييرية .

و أما جواز صرف من يشتغل بالتحصيل من الوجوه الشرعية مع تمكنهم من الكسب أما سهم الامام(ع) فيجوز صرفه مع مراعات الجهات الشرعية بحيث لا يعد كلا للامام(ع) بل تكون له خدمة له(ع) وأما لو صرف وقته في المجالس و مضى عمره بالمماطلة والمساهلة ، بل ربما يكون ضرره أشد من خدمته فلا

یجوز له أن یصرف من سهم الامام(ع) وأما اذا کان له خدمة للدین و ان تمکن من تحصیل الرزق بالتکسّب فیجوز له أن یصرف من سهم الامام(ع).

و الحاصل :أن المناط فی صرف سهم الامام(ع) هو القطع برضی الامام (علیه السلام) والا فلایجوز له ذلك بوجه.

وأما سائر الوجوه البریة من النذر والوقف و الصدقات وغیرها مما وضعت للجهات العامة فیجوز صرفها لاهل العلم أیضا علی النحوالذی قررها الناذر والواقف فلا یشترط فیها الفقر ولا ما یعتبر فی صرف سهم الامام(ع) من اشتراط، بل المناط هنا هو انطباق الجهات البریة علی الشخص.

و أما الزکاة و الخمس فلایجوز لمن یکون قادرا علی الکسب أن یصرف منهما أصلا ما لم یکن التحصیل فی حقه واجبا فان مصرف الزکاة هوالفقراء و مصرف الخمس هو الفقراء من بنی هاشم وفسروا الفقیر بأنه لا یقدر علی تحصیل قوته فعلا أو بالقوة ومن یحسن الصناعة فلیس بفقیر و مجرّد کون تحصیل العلم مستحبا فی حقه لا یجوز له الأخذ منهما والآلجازان یشتغل بالاعمال المستحبة ویصرف من الزکاة و الخمس بان یصلی النوافل دائما و یأکل من الزکاة أو من سهم سبیل اللّه فانه موضوع للجهات التی کانت راجعة الی الدین.

الکلام فی تلقی الرکبان و مرجوحیته

قوله: مسألة :لاخلاف فی مرجوحیة تلقی الرکبان.

أقول: الاقوال فی المسألة ثلاثة ،قول بالحرمة و قول بالکراهة و قول بعدم الحرمة والکراهة أما الحرمة فاستدل علیها بالروایات الناهیة عن

التلقي الركبان ولكنها ضعيفة السند ودعوى الاطمينان بصدور بعضها لكثرتها واستفاضتها دعوى جزائفية فانها لا توجب الاطمينان بالصدور و مع تسليم ذلك فلا يفيد لغير من حصل له الاطمينان و الظن بالصدور لا يفيد لعدم كونه حجة فلا يغنى من الحق شيئا ، بل لو كان التلقي الركبان حراما لظهر بين الفقهاء على رئوس الاشهاد وليس كك.

وأما القول بالكراهة فهو مبنى على أمرين أحدهما تمامية أخبار من بلغ الدالة على التسامح فى أدلّة السنن بدعوى أنها ظاهرة فى ما بلغ عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثواب على عمل فعمله أحد برجاء أنه صدر من رسول الله فيثاب على ذلك العمل و ان كان رسول الله(ص) لم يقله ولو أريد من تلك الاوامر الدالة على التسامح فى أدلة السنن الارشاد الى حكم العقل بحسن اتيان العمل رجاء و احتياطا لدرك الواقع فلا يدل على التسامح فى أدلة السنن.

الأمر الثانى أن تكون شاملة للكراهة أيضا فلو اقتصر على موارد ها وهى ماكان فيه أمر ففى موارد الكراهة ليس أمر ، بل نهى فلا تشمل المقام و مع تسليم المقدمتين يصّح التمسك بتلك الاخبار فى المقام لاثبات كراهة التلقي ومع تسليم هاتين المقدمتين فلاوجه للاشكال هنا بأنه لو سلمنا شمول أدلة التسامح للمكروهات ولكن التمسك بها فى المقام بدعوى أن ذلك انما يفيد فى مورد ورد خبر ضعيف يدّل على الكراهة فانه يلتزمها لذلك الخبر الضعيف وأما فى المقام فان تمت الاخبار المذكورة فتدل على الحرمة والاّ فلا حرمة ولا كراهة فان وجودها كعدمها وكذلك الحال فى الاخبار الضعيفة الظاهرة فى الوجوب فانها لا تشمل ذلك وقد ناقش بذلك بعض الاعلام لاثبات الاستحباب أو الكراهة بالاخبار الضعيفة الدالة على

الحرمة أو الوجوب.

و فيه أنه قلنا فى البحث عن أدلة التسامح أنها تشمل لما دل على الحرمة والوجوب اذا كان ضعيفا وذلك فان ما دل على الوجوب يدل على جواز العقاب على الترك وعلى ثبوت الثواب على الفعل فبضعف الرواية الدالة على الوجوب يسقط العقاب على الترك لخروجه عن الحجية و يبقى الثواب على حالة لادلة التسامح لصدق البلوغ هنا أيضا.

ثم ذكروا لحرمة التلقى أو كراهته شروطا الاول أن لا يكون التلقى أربعة فراسخ وأزيد والاّ فيدخل ذلك تحت عنوان المسافرة فان الذهاب أربعة فراسخ والاياب منها سفر شرعى فالمسافرة للتجارة ليس فيها باس بل مطلوب فى الشريعة ومندوب اليه وقد ذكر ذلك الشرط فى اخبار التلقى فهل الغاية أى رأس الاربعة داخلة أو خارجة فذكر بعضهم أنها داخلة ولكن الجمع بين صدر رواية النقصية وذيلها يدل على خروج الحد عن المحدود ، كما ذكره المصنف (ره) على أن الوصول الى الغاية تحقق موضوع المسافرة فيخرج بذلك عن عنوان التلقى ويدخل تحت عنوان السفر للتجارة كما لا يخفى.

الشرط الثانى : انه يعتبر أن يكون الذهاب بعنوان التلقى فلو كان ذلك لغرض آخر فصادف فى الطريق ذلك فعامل معهم فيكون خارجا عن مورد الاخبار لعدم صدق التلقى للتجارة وأيضا يعتبر أن يكون التلقى لأجل التجارة فلو تلقى لاجل استقبال القادم فصادف التجار فى الطريق فاشترى منهم متاعهم فأيضا يكون ذلك خارجا عن مورد الاخبار لعدم صدق التلقى للتجارة نعم الظاهر من قوله (ع) فى رواية (١) عروة و المسلمون

---

(١) الكافى :ج ٥ ص ١٦٨ باب التلقى حديث ٢

يرزق الله بعضهم بعضا هو عموم الحكم لغير صورة قصد التلقى و قصد التجارة فكأن الغرض هو وصول مال التجارة الى المدينة فان فى رو ية الناس ذلك حكمه عجيب فانه يوجب امتلاء اعين الناس جدا .

و فيه أن هذا ليس بعلة للحكم بل حكمه له والا فيجرى ذلك فيما اذا اشترى جميع مال التجارة شخص واحد حين الدخول بالبلدعلى أن المتلقى أحد المسلمين فالغرض من ذلك هو بيان أنه لا يمنع أحد من توجه التجارة الى المدينة فالمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض فانه اذا توجهت التجارة الى البلد فيشترى نوع الناس منها على القيمة الرخيص .

ثم انه ذكر فى رواية عروة حكم آخر و هو قوله ولا بيع حاضر لبادى و لكن الظاهر من ذلك هو أن لا يبيع الحاضر متاع الباد ولا يصد بذلك ، بل يخلى بينه وبين أهل البلد فانه لو يصد بذلك أهل البلد لباع متاعه بقيمة عالية فيكون نوع الناس فى مضيقة بخلافه اذا تصدى شخص البادى بذلك فانه يبيع بقيمة الرخيص فيكون فى ذلك توسعة لنوع الناس مثلا اذا باع البادى للبقالين رخيصا فيبيع البقالين لا هل البلد كك فيكونون فى مضيقة .

و ليس المراد من قوله (ع) ولا يبيع الحاضر لبادى أنه لا يبيع الحاضر متاع شخص لباد فانه غير محتمل جدا فان البادى يحتاج الى المأكل و المشرب فكيف لا يسوغ لا هل البلد أن لا يبيع لبادى ، بل يجوز ذلك بلا شبهة حتى فى الطريق ثم انه لافرق فى ذلك بين البيع وغيره من الصلح و نحوه فان الغرض من النهى عن التلقى سواء كان حراما أو مكروها هو ترك التلقى للتجارة والتجارة غير منحصرة بالبيع ثم ان من قبيل تلقى الركبان كراهة أو حرمة استقبال الخدمة الزوار لاجل اعطائهم

المسكن ،بل لا بد وان يخلوا سبيلهم فان المسلمين يرزق اللّه بعضهم من بعض كما لا يخفى كما لا فرق بين كون التلقى لا شتراء متاعهم كما تقدم أو للبيع منهم بان يكون غرض الركبان شراء المتاع فتلقاهم أحد الحاضرين فباع منهم ما يحتاجون اليه ٠

ثم ان فى بعض الروايات أن الركبان اذا باعوا من الحاضر فجائوا سوق فلهم الخيار ٠

أقول : ان كانت المعاملة مشتملة الغبن ،فيثبت لهم خيار الغبن من غير احتياج الى الرواية والاّ فلاوجه للخيار فانه لا معنى لثبوت الخيار بمجرد الدخول في السوق على ان الظاهر بحسب الفهم العرفى هو صورة كون المعاملة مشتملة على الغبن ،فان ظاهر قوله(ع) اذا جائوا بالسوق فلهم الخيار ،يعنى لوكانوا مغبونين لا مطلقا على أن الرواية ضعيفة السند، واما النجّش فقد تعرض له فى المكاسب المحرمة فلاوجه للاعادة (و معناه ان يزيد الرجل فى ثمن السلعة وهو لا يريد شرائها ليسمع غيره فيزيد بزيادة) ٠

الكلام فيما اذا دفع الانسان الى غيره مالا

قوله : مسألة :اذا دفع الانسان الى غيره مالا ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع اليه منهم و لم يحصل للمدفوع اليه ،الخ ٠

أقول : تارة يدفع المالك ماله لشخص و يكون المدفوع اليه مستقلا فى التصرف فيه كيف ما يشاء فلايكون رأي للدافع متبعا بوجه و هذا كما اذا كان المدفوع اليه وكيلا للدافع بان يدفع اليه مالا ليصرفه فى محله والمدفوع

اليه مخير في ذلك كيف مايشاء ومن هذا القبيل دفع الوجوه الشرعية الى المجتهدين ليصرفوها في مواردها .

وأخرى يدفع الدافع الى المدفوع مالا ويعين موارده فهل يجوز له الاخذ منه مع انطباق ما عينه الدافع عليه أم لا ،كما اذا دفع اليه سهم الامام (ع) أو الخمس أو الزكاة أو غيرها من الوجوه الشرعية وقال اعطها للصنف الفلاني وكان المدفوع اليه منهم هذا بناء على كون ولاية تلك الوجوه تحت يد المالك أو كان البايع هو الحاكم الشرعي بناء على ثبوت الولاية له عليها أو كان المدفوع من اموال الطلقة للدافع فهو على أقسام شتى :ـ

الاولى : أن تقوم قرينة خارجية على عدم رضى الدافع باخذ المدفوع منه فانه ح لا يجوز له الاخذ منه لانه تصرف في مال غيره بدون اذنه فهو حرام و نظيره أن يعين له مقدارا خاصّا وقامت القرينة على عدم جواز أخذه أزيد من ذلك المقدار الخاص .

الثاني : أن يظهر الدافع قرينة حالية أو مقالية على جواز أخذ المدفوع اليه من المال المدفوع وهذا وكك الشق الاول مما لا اشكال فيه و انما الاشكال في الصورة الثالثة وهو يدفع اليه مالا ويقول ادفعه في اصناف معينة وكان المدفوع اليه منهم فهل يجوز له الأخذ منه بالمقدار الذى يدفع الى أفراد الاصناف أم لا .

وكك يقع الاشكال في الشق الاخر في الصورة الثانية وانه اذا اعتقد الدافع بأن المدفوع اليه أو فرد أخر غيره من المحصلين المبتدين وقد عيّن لهم عشرة مع أنه من العالين وقد عيّن لهم عشرين وكك اذا عيّن على أفراد منهم خمسين باعتقاد أنهم من المتوسطين أو العالين وقد كانوا من المبتدين

اعتقاد الدافع و ان کان علی خلاف الواقع أو یتبع الواقع وان کان علی خلاف اعتقاد الدافع و الظاهر أنه ان کلامه أعطی هذا للفقراء بعنوان القضیة الحقیقة فح یتبع الواقع و الاّ فیتبع اعتقاد الدافع ومراد المصنف من الموضوعیة هو الاول ،و مراده من الداعویة هو الثانی ·

وبعبارة أخری أن کلامه بعنوان القضیة الحقیقة فیکون الواقع متبعا ،و انما ذکره بعض المصادیق علی خلاف الواقع من باب الخطأ فی التطبق و ان کان غرضه من کلامه هو المصرف لما فی الخارج وبیان ما یعلم أنه من هذا الصنف فیتبع اعتقاده فان الداعی انما یتفرع علی الاعتقاد لا الواقع وکلامه معرف لما اعتقد به و ان لم یکن هنا ظهورا فیدخل فی القسم الثالث

واما القسم الثالث: وکك الثانی مع عدم الظهور فی شیء اختلفت هنا کلمات الفقهاء فذهب جمع من الاصحاب الی حرمة الأخذ ولذا قالوا : لو قالت امرأة بشخص زوجنی من أحد فلا مجوز له ان یزوجها من نفسه ، فان ظاهر الوکالة کونها بالتزویج لغیره و کذا لو وکله لا شتراء شیء فلایجوز ان یبیعه مال نفسه وذهب جمع آخر الی الجواز فیما اذا طلق من دون زیادة علی غیره و فصّل بعضهم بانه ان قال الدافع ضع هذا المال فی الفقراء مثلا وکان المدفوع الیه منهم فیجوز له الأخذ منه بقدر ما یخصه وان قال أعطه للفقراء فلایجوز فان الاعطاء ظاهر من کون المعطی له غیر المعطی و لکن هذا التفصیل لیس تفصیلا فی المسألة بل تعیین لظهور کلام الدافع·

وهنا تفصیل آخر و هو انه اذا قال الدافع اعطه للفقراء مع علمه بکون المدفوع الیه من الفقراء لم یجز له الاخذ بما یخصه من المال فانه لو کان بناء الدافع الاعطاء له لخصه بالذکر أیضا ،وان لم یعلم بفقره جاز له الأخذ

بما يخصه فان غرض الدافع وصول المال الى هذا الصنف فهو منهم و لكن هذا التفصيل أيضا ليس تفصيلا فى المسألة ، بل هو بيان لمورد ظهور كلام الدافع فاذا فتنحصر الاقوال بالقولين الجواز مطلقا و المنع كك ·

و قد استدل على عدم الجواز بما هو مقتضى الاصل الاولى هو عدم جواز التصرف فى مال احد الاّ باذنه فلايجوز له التصرف فى ذلك وكك الامر لو وكلته امرأة فى تزويجها من أحد أو وكله أحد فى شراء شيء له ، فانه لا يجوز له تزويجها من نفسه كما لا يجوز له بيع ماله من الموكل فان الاصل عدم الجواز الاّ فضولة فان ظهور الوكالة أن يكون التزويج و البيع و الشراء من غير نفسه لظهور الوكالة فى المغائرة ·

و بالجملة ففى المقام مقتضى حرمة التصرف فى مال غير هو عدم الجواز الاّ مع الاذن فيه من صاحب المال وأيضا استدل على عدم الجواز بقوله (عليه السلام) فى صحيحة ابن الحجاج المستندة فى التحرير الى الصادق (ع) وان اضمرت فى غيره ، فانه لا يضر الاضمار من أحد بعد اطلاع غيره على المنقول عنه وقد قلنا فى مبحث الاستصحاب فى الروايات التي استدلت بها على حجية الاستصحاب أن الروى الواحد سأل الامام (ع) عن عدة احكام وقال فى مقام النقل عاطفا بعض الجمل على البعض بقوله و سألته و سألته و حيث قطعوا الاخبار و قد حصل الاضمار من التقطيع فاذا اطلع أحد باصل الرواية فينقلها بغير اضمار كما اطلع بحر العلوم على ذلك فى روايات الاستصحاب حيث نقل بعضها عن الصادق (ع) وبعضها عن الباقر (ع) وبعضها عن أحدهما (ع) وكك فى المقام وقد اطلع العلامة على أن المنقول عنه هو الصادق (ع) فنقل الرواية عنه (ع) ·

و كيف كان قال سألته عن رجل اعطاه رجل رجلا مالا ليصرفه فى محاويج

أو فی مساکین و هو یحتاج أیأخذ منه لنفسه ولا یعلمه ؟ هو قال: لا یأخذ شیئا حتی یأذن له صاحبه ٠

و قد استدل المجوزون بکون العنوان شاملا للاخذ أیضا فیجوز له الاخذ وأما روایة ابن الحجاج فقد تعارضت بالروایات الاخری الدالة علی الجواز المذکورة فی المتن بعضها من ابن الحجاج وبعضها من غیره و فیها صحاح و حسان فتکونان متعارضتین ومتکافئتین لعدم ترجیح أحد یهما علی الاخری ٠

وتوهم عدم التکافؤ من جهة أن المجوزة هی ثلاثة روایات فتکون مشهورة فتتقدم علی المانعة التی هی روایة واحدة فهو توهم فاسد ،فان المراد من الشهرة الموجبة لترجیح احد المتعارضین علی الاخر لیس هو کون أحدهما کثیرة ولاخر قلیلة بل المراد من ذلك أی من الشهرة کون احدهما مجمعا علیه بین الاصحاب بحیث ینقلها رواة الحدیث بخلاف الاخر بان لم ینقلها الاّ نادر ،ومن الواضح أن الطائفتین فی المقام متساویة فی هذا الجهة فی الاشتهار و عدمه فیتکافئان و علی هذا فذکر المصنف أن کون الطائفتین واردتین علی وجه التعبد بعید جدا بأن یکان المراد من المانعة هو عدم جواز أخذ المدفوع من المال الذی دفع الیه حتی مع ظهور اللفظ فی الجواز ویکون المراد من المجوزة هو جواز ذلك حتی مع ظهور کلام الدافع فی عدم جواز الاخذ فلا یمکن حملها علی التعبد المحض وعلیه فلابد من حمل المانعة علی صورة عدم الظهور لکلام الدافع فی الاخذ من المال بما یخصه وحمل المجوزة علی صورة کون کلامه ظاهرا فی جواز الاخذ منه ومع عدم الظهور لشیء منها فیرجع الی مقتضی الأصل وهو عدم جواز التصرف فی مال أحد الاّ باذن مالکه فهذا حاصل کلام المصنف فی المقام ٠

والحاصل: أنه حمل روايات المنع على صورة عدم الظهور لكلام المعطى في أخذ المعطى له من المال وروايات الجواز على فرض الظهور لذلك فيه ولكنه بعيد جدا فانه لا داعي للسؤال عن الجواز بعد ظهور كلام المعطى في الجواز فان ما اعطاه انما هو ماله فجاز التصرف فيه باذنه فاذا اذن لغيره في ذلك فلا مورد للسؤال كما أنه مع عدم الاذن لا يجوز التصرف فيه فانه حرام وبعد ظهور الكلام في أحد الامرين لا مورد للسؤال كما هو واضح.

الكلام في الجمع بين الروايات المجوزة و المانعة

وقد يجمع بين الطائفتين بحمل المانعة على الكراهة بقرنية ما دل على الجواز كما هو مقتضى الجمع بين النهي والترخيص فان قوله(ع) في صحيحة ابن الحجاج (١): (لا يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه) ظاهر في عدم الجواز وقوله(ع) نعم، في رواية (٢) سعيد بن يسار وقوله(ع) لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى لغيره صريح في الجواز فمقتضى الجمع العرفي حمل المانعة على الكراهة.

وفيه أن ظاهر قوله(ع) لا يأخذ شيئا منه الا باذنه أنه ناظر الى عدم جواز التصرف في مال أحد الاّ باذنه وعليه فلا يمكن حملها على الكراهة كما منعه بعض مشائخنا المحققين.

وقد يجمع بينهما بحمل المانعة على فرض تعيين المالك ومواضع مسمات

---

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٢٠٦ باب ٨٤ حديث ٣

(٢) وسائل: ج ١٢ ص ٢٠٦ باب ٨٤ حديث ١

لصرف المال فانه لا يجوز للمتصدى أن يأخذ لنفسه وحمل المجوّزة على فرض أن لا يعين المالك للمال مواضع خاصة فانه يجوز له الاخذ لنفسه واستشهد عليه بصحيحة (١) ابن الحجاج عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها ويضعها فى مواضعها وهو ممن يحل الصدقة قال لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى غيره ولا يجوز له أن يأخذ اذا أمره أن يضعه فى مواضع مسماة الاّ باذنه.

وفيه أن هذا الجمع أيضا بعيد عن ظاهر رواية المانعة اعنى صحيحة الاولى لابن الحجاج فانها آبية عن ذلك سؤالا وجوابا فان قوله (ع) فى جواب السائل عن رجل اعطاه مالا ليصرفه فى محاويج أو مساكين وهو يحتاج أيأخذ منه لنفسه ولا يعلمه هو قال لا يأخذ شيئا حتى ياذن له صاحبه مطلق، و كك السؤال فيبعد حملهما على فرض تعيين المالك مواضع للمال المعطى.

والصحيح أن يقال فى وجه الجمع هو حمل الروايات المانعة على فرض كون المال المعطى من متملكات شخص المعطى كما اذا ورد فى بلد فأراد أن يقسم مالا فى صنف من غير نظر الى كونهم فقراء أو اغنياء فاعطاه شخص أن يقسم بينهم فانه لا يجوز للاخذ أن يأخذ منه لنفسه حتى مع اتصافه بما اتصف به المبذول لهم فانه مال لشخص الباذل فلا يجوز التصرف فيه الاّ باذنه.

و ربما يورد على ماذكرناه من الجمع بين الروايات بحمل المانعة على الاموال الشخصية وحمل المجوّزة على الاموال النوعية بان مقتضى صحيحة ابن الحجاج (٢) فى رجل اعطاه مالا ليقسمه فى المساكين وله عيال محتاجون

(١) وسائل: ج ٦ ص ٢٠٠ حديث ٣ من باب ۴

(٢) وسائل: ج ١٢ ص ٢٠۶ حديث ٢

ايعطهم منه من غير أن يستأذن (يستامر خ ل) صاحبه، قال: نعم، هو جواز أخذ المعطى له لنفسه سواء كان من مال نفسه أو من الاموال النوعية وبهذا الاسناد مايدل على عدم الجواز الا بالاذن عن صاحبه فيقع بينهما المعارضة فتسقطان لذلك فيرجع الى العمومات الدالة على عدم الجواز فانه يقال أن مقتضى رواية (١) أخرى لابن الحجاج المذكور فى باب الزكاة هو الجواز فى الصدقة فانه قال سألت اباالحسن(ع) عن الرجل يعطي الدراهم ليقسمها ويضعها فى مواضعها وهو ممن تحل له الصدقه، قال لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى لغيره، الخ، فبهذا نقيد الصحيحة الثانية الدالة على عدم الجواز مطلقا فتكون الصحيحة الثانية أخص من الصحيحة الاولى، كان بمقتضى انقلاب النسبة فنخصّص بها الصحيحة الاولى فتكون النتيجة أن فى الاموال الشخصية لا يجوز الا باذن المالك وفى الاموال النوعية يجوز

وحمل الروايات المجوّزة على الاموال النوعية كالوجوه الشرعية المنطبقة على الآخذ وغيره كالزكاة و الخمس و الصدقات وردّ المظالم كما اذا اعطاها أحد لعالم أن يصرفه فى محله فانه جاز له الاخذ منه بمقدار حاجية وان لم يكن لكلام المعطى ظهور فى أخذه لنفسه اذا قال المعطى اعطه لصنف فلان ظهوره فى الاعطاء للغير ونفس الآخذ منصرف عن ذلك، وعلى هذا فيجوز للاخذ أن يأخذ لنفسه بمقدار احتياجه خصوصا اذا كان ممن يجوز تصرفه فيه كالعلماء و المجتهدين فان ولاية الوجوه الشرعية لهم فى حال الغيبة.

ويدل على ذلك أن المذكور فى روايات الجواز هو الزكاة و الصدقات

---

(١) وسائل: ج ٦ ص ٢٠٠ حديث ٣

و أما المذکور فی روایة المنع هو المال الشخصی بقرنیةقوله(ع) (لا یأخذ شیئا حتی یأذن له صاحبه) حیث فرض صاحبا للمال المبذول واعتبر اذنه فی دفع المال المبذول لغیر من عینهم فتکون کلتا الطائفتین من الروایات واردة علی طبق القاعدة فان مقتضی القاعدة فی الاموال الشخصیة عدم جواز التصرف الاّ باذن صاحبه ومقتضی القاعدة فی الاموال النوعیة هوجواز بذله لمن انطبق علیه سواء اذن المعطی لذلک أم لا ،وعلی هذا فیبقی فی المقام شیء وهو أنه علی هذا فلاوجه لسؤال السائل فنقول أن الوجه فی ذلک هو احتمال أن یجوز للمتصدی بذلک أن یأخذ منه مع الاحتیاج حیث ان صاحب المال قال اصرفه فی محاویج ومساکین فاحتمل الآخذ جوازأخذه منه لانه أیضا محتاج فاجاب الامام(ع) أنه لا یجوز الاّ باذن صاحبه ٠

و فیما کان المال نوعیا کالزکاة وغیرها احتمل السائل عدم جواز أخذه حیث یحتمل أن یکون اذن المعطی دخیلا فی جواز التصرف فیه أیضا کأموال شخصه فأجاب الامام(ع) بأنه لا بأس بذلک مع الاحتیاج ، فیجوز المتصدی أن یأخذ منه لنفسه بمقدارها یبذله لغیره فافهم ٠

الکلام فی احتکار الطعام

قوله : مسألة :احتکار الطعام وهو کما فی الصحاح وعن المصباح جمع الطعام وحبسه یتربّص به الغلاء لا خلاف فی مرجوحیته ٠

أقول : یقع الکلام فی جلهات:الاولی : فی حکم الاحتکار الظاهر أنه لا خلاف فی مرجوحیته فی الجملة اعم من الحرمة و الکراهة ،ولکن اختلفت کلماتهم فی ذلک فذهب المشهور الی الحرمة مع عدم وجود الباذل وذهب جمع آخر الی الکراهة مطلقا لکون الناس ملسلطین علی اموالهم ، فلا وجه

لحرمته الاّ اذا عرض عليه عنوان آخر يقتضى حرمته كما اذا حكم الحاكم في المخمصة بالبيع فانه يحرم الاحتكار لحكم الحاكم، والاّ فلا وجه لحرمته لنفس الاحتكار.

و الظاهر ان الاحتكار حرام مع عدم وجود باذل فى البلد وأما مع وجوده فيجوز الاحتكار لكون الناس مسلطين على أموالهم وهذا القول قد اختاره المصنف.

وقد استدل المصنف على ذلك بروايات منها صحيحة (١) سالم الحناط فانها ظاهرة فى الحرمة مع عدم وجود الباذل حيث استفصل الامام(ع) فى ذلك و قال الحناط ما ابيع أنا من الف جزء جزء يعنى أن الحنطة الموجودة عندى كجزء واحد من الف جزء من الحنطة الموجودة فى البلد احتكاره ، فانه لا يوجب ظهور الغلاء فى البلد نظير أن نشترى وزنة من الارز فتحتكره فانه لا يوجب ظهور الغلاء أصلا وقال الامام(ع) فلا باس ثم قال أن المحتكر هو حكيم بن حذام حيث كان يحتكر الطعام المجلوب الى المدينة فمر به رسول اللّه صلى اللّه عليه وآله وسلم وقال يا حكيم اياك أن تحتكر، فان كلمة ايّا تحذير فتفيد الحرمة.

و منها (٢) صحيحة الحلبى عن ابى عبد اللّه عليه السلام أنه سئل عن الحكرة، فقال انما الحكرة أن يشترى طعاما وليس فى المصر طعام غيره فتحتكره فان كان فى المصر طعاما غيره فلا باس أن يلتمس سلعتك الفضل فان مفهوم ذيل الرواية هو حرمة الاحتكار مع عدم وجود طعام فى البلد،

---

(١) وسائل: ج ١٢ ص٣١٦ باب ٢٨ حديث ٣

(٢) وسائل: ج ١٢ ص٣١٥ باب ٢٨ حديث ١٠

غیره بحیث یظهر فی البلد لأجل احتکاره غلاء واضح ·

و منها (۱) ما عن أمیر المؤمنین علیه السلام فی ما کتبه الی مالك الأشتر علی ما فی نهج البلاغة و کان فیما کتبه فامنع من الاحتکار فان رسول اللّه (ص) منع منه الی أن قال فمن قارف حکرة بعد نهیك ایّاه فنکل وعاقب فی غیر اسراف فانه لو کان الاحتکار مکروها لما جاز أن یأمر الامام ع الاشتر بان یعاقب المحتکر ·

و منها صحیحة (۲) أخری للحلبی حیث سأل عن صلاحیة الاحتکار، فأجاب الامام علیه السلام بانه یکره والکراهة فی کلمات الامام علیها لسلام أعم من الحرمة والکراهة المصطلحة ولیس لها ظهور فی الثانی ،وقد ورد فی روایات الربا أن علیا علیه السلام کان یکره الربا فلاتکون هذه الروایة موجبة لصرف الروایات الاخری الظاهر فی الحرمة ·

و منها ما فی مجالس المفید عن أبی مریم الانصاری (۳) عن ابی جعفر علیه السلام قال :قال رسول اللّه (ص) ایما رجل اشتری طعاما فحبسه أربعین صباحا یرید به الغلا للمسلمین ثم باعه و تصدق بثمنه لم یکن کفارة لما صنع، وفی هذه الروایة مناقشة من حیث السند والدلالة ،أما المناقشة فی الدلالة فلانه لو کان احتیاج الی الطعام کان احتکاره حراما حتی فی ثلاثة ایام وان لم یکن احتیاج الیه لم یکن حراما حتی فی ستین یوما، فلا موضوعیة للاربعین ·

---

(۱) وسائل : ج ۱۲ ص ۳۱۵ حدیث ۱۳

(۲) وسائل : ج ۱۲ ص ۳۱۳ حدیث ۲

(۳) وسائل : ج ۱۲ ص ۳۱۴ حدیث ۶

و الظاهر أن الرواية راجعة الى بيان جهة اخلاقية تعبدا حيث أن الظاهر منها أن المحتكر انما حبس الطعام بنية السوء فهى الغلاء من غير أن يكون نظره الاسترباح وقد حكم الامام(ع) تعبدا أن من كان على هذه النية ولم يرجع الى اربعين يوما فتصدق مجموع الطعام لا يكون ذلك كفارة لما فعل فتكون الرواية خارجة عن المقام أصلا و ناظرة الى قباحة نية السوء

وأما من حيث السند فقال المصنف فى كتاب الصلاة وفى هنا ان اشتمال سند الرواية ببنى فضال لا يوجب الوهن فيها ،فان الظاهر انما اخذت من كتبهم ،وقد قال العسكرى عليه السلام عند السؤال عنها خذوا بما رووا و ذروا ما رأو ثم ازداد فى المقام على ما فى الصلاة ان كلام العسكرى عليه السلام دليل على اعتبار جميع ما فى كتب بنى فضّال فيستغن بذلك من ملاحظة من قبلهم فى السند فان كلامه عليه السلام أولى بعدم ملاحظة ما قبلهم فى السند من كلام الكشى من ادعاء الاجماع على تصحيح ما يصح عن جماعة .

و فيه أما الكلام فى اعتبار الاجماع المدعى تصحيح ما يصح عن جماعة فهو مخدوش فى نفسه فانه نرى أنهم ينقلون فى رواياتهم المسندة عن الضعفاء فنعلم بذلك أنهم ينقلون عنهم أيضا مراسليهم فلا يكون مراسليهم باجمعها حجة لكون كل مرسلة داخلة فى اطراف الشبهة .

على أن هذا الاجماع ليس حجة فى نفسه لعدم كونه اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم فغاية الامر فمفاده أن جماعة من الرواة قد ثبت نقلهم عن الثقات فلا يلاحظ ما قبلهم من السند فى مرسليهم و مسنداتهم و قد عرفت اشتمال مسنداتهم على ضعف فى السند وأما ماذكره فى حق كتب بنى فضال فكلام الامام(ع) ناظر الى أن انقلاب عقيدتهم لا يوجب الوهن

فی روایتهم وأن فساد عقیدتهم لا تضرّ باعتبار روایتهم بل ما نقلوا من الروایات فهو باقی علی الحالة الاولیة فلا یناقش فیها من جهة فساد عقیدتهم وأما أن جمیع کتبهم معتبرة ولو کان بعضها مشتملا علی ضعف السند من غیر ناحیة بنی فضال بان نقلوا عن الضعفاء فلا یظهر من الروایة ، فان هذا الاحتمال لم یکن فی حقهم قبل فساد عقیدتهم ، بل کان قبل ذلک یلاحظ اسانید ما نقوله من الاحادیث ان کان صحیحا أخذ به والاّ فلا ، فهل رأتی فساد عقیدتهم مقاما لهم بحیث صار جمیع ما فی کتبهم معتبرا حتی لا ینظر الی ما قبلهم من السند الذی کان ینظر الیه قبل فساد عقیدتهم فما افاده المصنف هنا لا یمکن المساعدة علیه و کیف کان فلا شبهة فی حرمة الاحتکار فکان الشارع اراد کون الارزاق بین الناس و لیس لاحد حق منعها عنهم ودلیل سلطنتهم قاصرة عن ذلک بحکم الشارع کما ذکرنا فی بحث الاراضی أنه لیس لاحد منع الاراضی زائدا عن المقدار المتعارف فان الشارع یرید ان تکون الاراضی معمورة لا خربة فکذلک الحال هنا .

ثم انه بعد الفراغ عن حرمة الاحتکار یقع الکلام فی جهات الاولی : فی موارد الحکرة فی أنها فی أیّ شیء تتحقق و الذی یستفاد من المطلقات المتقدمة أن موضوع الاحتکار هو الطعام فکل ما یصدق علیه الطعام عرفا بحیث کان فی عرف البلد قوام الناس و حیاتهم نوعا بهذا الطعام فمنعه عن الناس احتکار و هذا یختلف باختلاف البلدان و العادات فمثل قشر اللوز طعام فی بعض البلدان ، ومن الحطب فی بعضها الاخر ومثل الشعیر لیس بطعام فی بلاد الهند حتی قیل لا یوجد فیها شعیر الاّ بمقدار الدواء ونحوه ، ولکنه طعام فی بلاد العراق و الایران و الازر طعام فی نوع البلاد خصوصا الرشت و مازندران و هکذا الزبیب و التمر ولیس بطعام

فى بعضها الاخر، بل مثل الزبيب فى العراق،والتمرفى بعض نقاط الايران يعد من الفواكه وعلى الاجمال أن هذا شىء يختلف بحسب اختلاف الأمكنة والازمنة والعادات فكلما يصدق عليه الطعام فاحتكاره مع عدم وجود فى السوق حرام والاّ فلاوجه للحرمة كما اذا احتكر احد الزبيب فى النجف أو التمر فى بعض نقاط الايران فلا يقال أنه فعل حراما ،نعم قد يكون حراما لاجل طروّ عنوان آخر عليه كما اذا احتاج أحد الى ما احتكره أخر للدواء و نحوه بحيث اذا لم يبعه منه لمات فانه يحرم الاحتكار و المنع عن البيع و الاعطاء هنا ولكن لا لحرمة الاحتكار بنفسه، بل لاجل طروّ عنوان محرم عليه بمقتضى العنوان الثانوى.

و أما الروايات الحاصرة للاحتكار بامور خاصة فهى مختلفة وفى بعضها حصرة فى أربع الحنطة و الشعير و الزبيب و التمر، وعن الفقيه زيادة الزيت وفى رواية قرب الاسناد باضافة السمن أيضا ،وفى رواية السكونى باضافة السمن و الزيت و لكن كلها متفقه فى نفى الاحتكار بمفهومها فى غير الامور المذكورة فيها ولكن الذى يسهل الخطب أن كلها ضعيفة السند فلا يمكن رفع اليد بها عن المطلقات الثابت حجيتها والا لزم رفع اليد عن الحجة بغير الحجة الشرعية.

فالمناط فى حرمة الاحتكار هو صدق احتكار الطعام على ما أخذه المحتكر وحبسه فلا يبعد شمولها مثل الزيت و السمن والملح فان المراد من الطعام ما يطعم به الانسان وتقوم به حياة البشر ،ومن الواضح أن هذا ليس مجرّد الحنطة والشعير والارز فانها ليس بنفسها ما يطعم به فى الخارج، بل انما قوام طعاميته بالمقارنات من السمن والزيت و اللحم و الملح و المقدمات من النار ونحوها ،وعلى هذا فلا يبعد أن يكون منع النفت عن

الناس و احتكاره عنهم حراما فان قوام اطعمة النوع بذلك و يدل على ذلك ذكر الصنف فی بعض الروايات (١) و كذلك السمن وان كانت الرواية ضعيفة فان من الواضح ان الزيت و السمن ليسا من الطعام بل انهما هما من مقومات الطعام كما لا يخفى ،ويدل على ذلك أيضا قوله(ع) فی صحيحة(٢) الحلبی فانه يكره أن يحتكر ويترك الناس وليس لهم طعام فان ترك الناس بغير طعام ليس لمنع الحنطة والشعير فقط، بل بمنع كلّما يكون دخيلا فی تحقق الطعام من المقدمات و المقارنات فان العلة والمنع واقعا فی حرمة الاحتكار ترك الناس بغير طعام كما لا يخفى .

و بالجملة فكل مايكون دخيلا فی قوام طعام البشر بحسب عادة نوع الناس بحيث يلزم من منعه ضيق النوع فی الحرج و المشقة والضرر والعسرة فيكون احتكاره حراما وقد قلنا ليس لاحد السلطنة على حبس طعام الناس واحتكاره وان كان مالا لنفسه كما قلنا ليس لاحد حبس الاراضی و منعها عن العمارة كما تقدم فی محله .

الجهة الثانية :أنه ذكر فی رواية السكونی أن الحكرة فی الرخصة أربعين يوما وفی الغلاء والشدة ثلاثة ايام والظاهر أنه لا يمكن تصديقه فانه ان كان للناس احتياج الى ذلك بحيث كان فيهم غلاء ومخمصة فلا يجوز الحبس ساعة واحدة والاّ فيجوز الحبس ستة اشهر ،بل سنة بل اكثر على ان الرواية ضعيفة ،ونعم ماصنع الشهيد حيث حمل الرواية على فرض أن يكون الشدة والاحتياج الى ما حبسه المحتكر فی الغلاء بثلاثة ايام وفی الرخصة

---

(١) وسائل: ج ١٢ ص٣١٤ حديث ٧

(٢) وسائل: ج ١٢ ص٣١٥ باب ٢٨ حديث ١

بأربعين يوما وان كان الحمل بعيدا ولكنه أولى من الطرح ٠

الجهة الثالثة : هل يختص مورد الاحتكار بشراء الطعام فقط أو يتحقق بكل ما يقع في يده ولو كانت الغلة حاصلة من الزرع أو الارث أو الهبة ، الظاهر هو الثاني فان المناط في حرمة الاحتكار هو جمع الغلة ، و ترك الناس بغير طعام ولا يفرق في ذلك بين الشراء وغيره ٠

ثم الظاهر أنّ الاحتكار اما حرام أو مباح بناء على حرمته مع عدم الباذل وأما بناء على كراهته فاما مكروه أو مباح في نفسه فلا يتصف بالاحكام الخمسة كما ذكره المصنف نعم يمكن ان يتصف بالاحكام الخمسة بلحاظ العناوين الثانوية ٠

الجهة الرابعة : أن الاحتكار حرام اذا كان يترك الناس بغير طعام مع احتياجهم اليه وأما لو كان غرضه جمع الطعام وبيعه في وقت نزول العسكر أو الزوار لئلا يقعوا في مضيقة فلا يكون الاحتكار حراما وباعتبار هذه العناوين الطارية يكون الاحتكار متصفا بالاحكام الخمسة ولكن الاحتكار في نفسه ، اما حرام أو مباح ،كما لا يخفى ٠

الخامس : الظاهر أنه لا اشكال في جواز اجبار المحتكر على البيع حتى بناء على كراهة الاحتكار ولكن ليس للحاكم الاّ الاجبار على البيع فقط ، و اما التسعير فليس له ذلك ، بل للمالك أن يعين ذلك لان الناس مسلطون على أموالهم وقد ورد في بعض الاحاديث (١) أنه سئل النبي (ص) عن الشعير فقال (ص) انه في يد الله ، نعم لو اجحف في القيمة بحيث كان ازديادتها نحوا من الاحتكار يمنع الحاكم عن ذلك بحيث يبيع المالك بقيمة

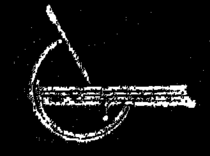
---

(١) وسائل : ج ١٢ ص ٣١٧ باب ٣٠ حديث ١

السوق ،أو أكثر منه ، بمقدار لا يمنع الناس عن الشراء ،بأن تكون قيمة كل حقة من الحنطة مائة فلس و يبيع المحتكر بدينارين فانه أيضا احتكار ، كما لا يخفى ٠

الحمد لله أولا و آخر وظاهرا و باطنا ،وقد وقع الفراغ عن كتاب البيع في يوم الأحد ٢٤ شهر جمادى الاولى سنة ١٣٧٥ هـ ،ويتلوه ان شاء الله تعالى المجلد السادس بتوفيق الملك العلام ،و الحمد لله وحده و صلى الله على محمد و آله الطاهرين و سلم تسليما ٠

الفهرست



مؤسسة انصاريان للطباعة والنشر

قم / شارع الشهداء / فرع ٢٢ ص ب ١٨٧

هاتف ٧٤١٧٤٤ ايران / قم

جمهورية ايران الاسلامية